Voraussetzungen und Wirkungen der Firmenfortführung bei Einzelkaufleuten unter Lebenden.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ernst Bruno Krische

Referendar beim Königlich Sächsischen Amtsgericht Wurzen.

ACAD. LUGD. BAT. LEID.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Die Aufgabe 9

Erster Abschnitt.
Historisches.

§ 2. Im allgemeinen 10
§ 3. Die Zeit vor dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch 11
§ 4. Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch 12
§ 5. Die Praxis 13
§ 6. Die Wissenschaft 15
§ 7. Das Ergebnis 17

Zweiter Abschnitt.
Die Voraussetzungen.

§ 8. Übersicht der Voraussetzungen 18
§ 9. Die Geschäftsfortführung 18
§ 10. Der Erwerbsakt 22
§ 11. Die Firmenfortführung 23
§ 12. Die Geschäftsveräußerung beim Minderkaufmann 26

Dritter Abschnitt.
Die Wirkungen.

§ 13. Übersicht der Wirkungen 27
§ 14. Wirkung bei körperlichen Sachen 28
§ 15. Wirkung bei den Chancen 30
§ 16. Begriff der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen 30
§ 17. Wirkung bei Geschäftsschulden 34
§ 18. Wirkung bei Geschäftsforderungen 41
§ 19. Wirkung bei Firmenprozessen 47
§ 20. Abweichende Vereinbarungen 49
§ 21. Wirkung bei der Verjährung hinsichtlich der Geschäftsschulden. . . . 54

Literaturverzeichnis.

Adler, Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts. Im Archiv für bürgerliches Recht 1890 Bd. 3 S. 1.

Anschütz und **Völderndorff,** Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen 1868.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.

Bekker, Zweckvermögen, insbesondere peculium, Handelsvermögen usw. In Zeitschr. f. HR. 1861 Bd. 4 S. 499.

Busch, Gehen, abgesehen von dem Übergange eines Handelsetablissements durch Universalsukzession, bei dem Erwerbe eines solchen die Aktiven und Passiven desselben, dafern nichts anderes verabredet ist, auf den Erwerber über? Im Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts 1863 Bd. 1 S. 25.

Busch, Über die Haftung des Firmenerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma kontrahierten Passiva. In der Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 1870 Bd. 4 S. 429.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. . 1903.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht. 1853.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 2. Aufl. 1908.

Ehrenberg, Über das Wesen der Firma. In Zeitschr. f. HR. 1882 Bd. 28 S. 52.

Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 16 S. 272. In Buschs Archiv 1876 Bd. 33 S. 274.

Erlanger, Über Ursprung und Wesen der Firma. Diss. Erlangen 1892.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1908.

Gerichtsentscheidungen in den im Text zitierten Sammlungen.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Goldschmidt, System des Handelsrechts. 4. Aufl. 1892.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. Stuttgart 1891.

Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, fortgesetzt von Mugdan. Bd. 6: HGB.

Handelskammergutachten. In Zeitschr. f. HR. 1861 Bd. 4 S. 138.

Hassenpflug, Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handelsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen. Elvers' Themis Bd. 1 S. 59.

Heinsen, Rechtfertigt sich eine allgemeine Vorschrift des Inhalts: daß, wer ein Handelsgeschäft übernimmt oder in ein solches als offener Teilhaber eintritt, falls die Firma unverändert bleibt, ohne weiteres Aktiva und Passiva übernimmt? Gutachten zum 14. Juristentag 1879.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hoffmann, Ist der Gläubiger eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft ohne weiteres berechtigt, sich an denjenigen, welcher das Handelsgeschäft des Schuldners unter Beibehaltung der Firma übernommen hat, zu halten. In Gruchots Beiträgen Bd. 11 S. 258.

Ihdr, Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Schulden des Veräußerers nach früherem und jetzigem Recht. Diss. Rostock 1903.

Kohn, Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1898 Bd. 42 S. 46.

v. Kräwel, Beantwortung der Frage „Inwieweit haftet der Übernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs" und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage. In Buschs Archiv 1868 Bd. 12 S. 48.

Ladenburg, Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts. In Buschs Archiv 1876 Bd. 34 S. 25.

Ladenburg, Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts. In Buschs Archiv 1880 Bd. 40 S. 49.

Ladenburg, Haftet der Übernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seiner Gesamtheit, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, für die Schulden desselben auch den Gläubigern gegenüber? In Zeitschr. f. HR. 1885 Bd. 30 S. 90.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1907.

Lehmann und **Ring,** Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1902.

Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.

Mommsen, Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts. In Buschs Archiv 1875 Bd. 32 S. 201.

Opet, Beiträge zum Firmenrecht. In Zeitschr. f. HR. 1900 Bd. 49 S. 35.

Rechtssprüche. In Zeitschr. f. HR. 1892 Bd. 40 S 446.

Regelsberger, Über die Haftung des Firmenerwerbers für die unter der Firma vom früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten. In Zeitschr. f. HR. 1870 Bd. 14 S. 17.

Rünger, Haben Erwerb und die Fortführung einer Firma den Übergang der Schulden und Forderungen zur Folge? Diss. Greifswald 1881.

Simon, Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden. In Zeitschr. f. HR. 1879 Bd. 24 S. 91.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906 u. 1907.

v. Staudinger, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3. u. 4. Aufl. München 1908.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1897.

Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts. 1874.

Verhandlungen des 15. Juristentags 1880.

Wolff, § 344 Abs. 2 HGB. v 10. 5. 1897 und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts. In Zeitschr. f. HR. 1898 Bd. 47 S. 247.

Zimmermann, Über die Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäfts mit der Handelsfirma für die von dem früheren Inhaber der Firma eingegangenen Schulden. In Siebenhaars Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht 1874 N. F. Bd. 6 S. 23.

§ 1.

Die Aufgabe.

Der Kaufmann führt zweierlei Namen: seine Firma und seinen bürgerlichen Namen. Ob beide identisch sind, ist Tatfrage; rechtlich brauchen sie es nicht zu sein. Das gilt natürlich nur bei den Kaufleuten, die physische Personen sind. Es gilt also nicht bei den sogen. geborenen Kaufleuten, d. h. Gesellschaften, die um ihrer Form willen Kaufleute sind, — wie Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, eingetragene Genossenschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung — und bei der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft. Denn alle diese Kaufleute haben ja überhaupt nur einen Namen, die Firma.

Dem Einzelkaufmann ist nun nach dem neuen Handelsgesetzbuche in bestimmter Weise nachgelassen, im Rechtsverkehr nicht unter seinem bürgerlichen Namen, sondern unter seiner Firma aufzutreten. Dieser Satz ist nicht in seiner ganzen Tragweite zu erkennen, wenn der Kaufmann selbst seine Firma begründet hat. Denn nach § 18 HGB. muß die Firma des Einzelkaufmanns bei ihrer Begründung seinen wahren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen enthalten, sogen. Prinzip der Firmenwahrheit. Hier sind Firma und bürgerlicher Name des Kaufmanns nicht von einander zu unterscheiden, vorausgesetzt natürlich, daß die Firma nicht noch einen gestatteten Zusatz hat, der etwa die Art des Handelsgegenstandes ausdrücken soll.

Es kann jedoch der Einzelkaufmann auch unter einer Firma im Rechtsverkehr auftreten, die seinem bürgerlichen Namen nicht einmal ähnelt. Das ist dann der Fall, wenn er eine alte Firma, die also ein andrer begründet hat, erwirbt und weiterführt. Hierbei wird das Prinzip der Firmenwahrheit durchbrochen. Die Voraussetzungen und Wirkungen dieser Erscheinung zu untersuchen, soll Zweck dieser Arbeit sein. Dabei soll jedoch nur der Erwerb unter Lebenden behandelt werden. Denn die Grundsätze, die bei ihm Anwendung finden, sind nach § 27 HGB.

in entsprechender Weise auch dann anzuwenden, wenn der Erwerb von Todes wegen stattfindet. Der erste Fall ist demnach grundlegender Natur.

Über dieses so bestimmte Thema sind zwar unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs verschiedene Abhandlungen erschienen; diese sind indessen durch das neue Gesetz größtenteils überholt. Dagegen fehlen solche, die das neue Handelsgesetzbuch berücksichtigen, wenigstens sind dem Verfasser solche trotz aller Nachforschungen nicht bekannt geworden. Ähnliche Monographien, die den Firmenerwerb von einer anderen Seite behandeln, sind allerdings vorhanden. Sie werden aber der gestellten Frage in umfassender Weise nicht gerecht. Die Lehrbücher und Kommentare streifen sie natürlich, aber sie behandeln sie nicht zusammenhängend. Dieser Literaturmangel mag vielleicht verwunderlich erscheinen, zumal wenn man bedenkt, daß ein Wechsel des Firmeninhabers öfters stattfindet; er besteht aber.

Schon aus der Art der Stellung des Themas läßt sich erkennen, daß die Arbeit in zwei große Abschnitte zerfällt, nämlich in die Behandlung der Voraussetzungen und dann in die der Wirkungen der Firmenfortführung. Es soll jedoch ein Überblick über die rechtliche Entwicklung der Firmenfortführung vorausgeschickt werden, und zwar unter Hervorhebung von deren Wirkungen auf Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen.

Erster Abschnitt.

Historisches.

§ 2.

Im allgemeinen.

Unser heutiges Handelsgesetzbuch hat in seinen §§ 25—27 hinsichtlich der Haftung des Firmenfortführers für die früheren Geschäftsschulden eine alte Streitfrage zur Entscheidung gebracht, die schon in der Zeit vor dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch viel erörtert worden war und unter diesem an Schärfe bedeutend zugenommen hatte. Es standen sich hier die verschiedensten Ansichten gegenüber.

Es soll zunächst ein ganz kurzer Überblick gegeben werden, wie man sich vor dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch zur Streitfrage stellte, sodann gezeigt werden, wie dieses ihr gerecht wurde, und zuletzt sollen die hauptsächlichsten Meinungen in Praxis und Wissenschaft hierüber aufgeführt und kritisiert werden.

Wesentlich ist bei allen diesen Ansichten, daß man meist von dem Inhalt und Sinn des zwischen dem Firmenveräußerer und -erwerber abgeschlossenen Vertrages ausging und aus ihm in Verbindung mit dem Wesen des Handelsgeschäfts abzuleiten versuchte, ob der Firmenfortführer für die alten Geschäftsschulden hafte oder nicht. Selten zog man hierbei das Verhältnis zwischen letzterem und den Geschäftsgläubigern in erster Linie in Rücksicht.

Streit herrschte zwar auch hinsichtlich des Überganges der Forderungen und der übrigen Bestandteile, die zu einem Handelsgeschäft gehören können. Man kehrte aber diese Punkte bei der Streitfrage nicht so sehr hervor, weil der Schuldübergang für die Verkehrssicherheit wichtiger war. Deshalb soll sich der historische Überblick in der Hauptsache nur auf letzteren erstrecken.

§ 3.

Die Zeit vor dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch.

Vor dem Inkrafttreten des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs, also vor 1861, strebten die Schriftsteller die Streitfrage nur auf Grund des gemeinen Rechts zu entscheiden. Die Partikularrechte spielen dabei eine unwesentliche Rolle.

1. Hassenpflug 1827 (in Elvers' Themis Bd. 1 S. 59 ff.) versteht unter Handelsgeschäft den Inbegriff aller Rechtsverhältnisse, welche mit dem Betriebe des Handelsgewerbes in Beziehung stehen, welches sonach Aktiv- und Passivforderungen aus Handelsgeschäften, das Eigentum an vorhandenen Waren, dingliche und obligatorische Rechte an Fabrik- und Handlungsräumlichkeiten umfaßt. Er argumentiert weiter, daß die unter bestimmter Firma betriebene Handlung selbst das eigentliche Rechtssubjekt hinsichtlich aller in ihrem Namen eingegangenen Rechtsgeschäfte sei und daß deshalb alle aus solchen Geschäften herrührenden Forderungen und Schulden auf den Übernehmer der Firma übergehen müßten.

An der Definition des Handelsgeschäfts ist falsch, daß ihm ein solch weiter Begriff beigelegt wird; er kann doch viel enger sein, z. B. kann sich der Veräußerer die Grundstücke vorbehalten und sie dem Firmenfortführer nur zur Miete lassen, weil ersterer auf diese Weise eine sichere und gut verzinsliche Kapitalanlage hat. Ganz verkehrt ist es aber, die Firma als juristische Person zu betrachten. Zu welchen Folgen eine solche Annahme führen kann, ergibt sich aus den beiden Sätzen:

a) Der Firmeninhaber veräußert seine Firma;

b) jemand begründet eine Firma und überweist ihr gewisse Aktiven.

Im ersten Falle wird der bisherige Firmeninhaber dem klagenden Gläubiger einwenden, daß nicht er, sondern die Firma Schuldner sei, diese aber einen anderen Inhaber habe. Im zweiten Falle wird der Gläubiger bei dem Firmenbegründer vergeblich nach Zwangsvollstreckungsobjekten suchen. In beiden Fällen wird der Gläubiger wegen der behaupteten rechtlichen Selbständigkeit der Firma schwere Nachteile haben. Das geht aber nicht an.

2. Delbrück (1853) behauptet in seiner Schrift „Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht", es bestehe ein fester Handelsbrauch, daß derjenige, welcher das Recht erlangt habe, eine schon vorher bestehende Firma zu zeichnen, den Gläubigern auch für die Schulden haftet, mit denen die Firma schon vorher belastet gewesen, wenn er nicht zur Zeit der Erlangung des Rechts das Gegenteil öffentlich erklärt hat. Gegen die Annahme eines solchen Handelsgewohnheitsrechtes erhob sich jedoch lebhafter Widerspruch, zumal aus der Handelswelt selbst. Es ist also der Nachweis nicht erbracht.

3. Während also die beiden Autoren für die Schuldenhaftung des Firmenfortführers eintraten, erklärten sich andere, wie z. B. Mittermaier, mit Entschiedenheit dagegen. Eine Einigung wurde nicht erzielt.

§ 4.

Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch.

Aus diesen Gründen erwarteten viele, daß bei der beabsichtigten Revision der preuß. Gesetzgebung die Streitfrage entschieden würde. Das geschah nicht. Nunmehr hatte man den Wunsch, die zur Beratung des Handelsgesetzbuchs zusammentretende Nürnberger Kommission möge die Zweifel klären. Es sah zunächst auch so aus; denn sowohl bei der Beratung des preuß. Entwurfs wie bei der des Art. 113 wurden entsprechende, die Haftung des Firmenfortführers bejahende Vorschläge eingebracht. Diese wurden indessen alle abgelehnt, mit 13 gegen 4 Stimmen. Denn nach den Prot. S. 1432 hielt man es für eine juristisch unmögliche Konstruktion, den Geschäftsgläubigern eine actio utilis aus dem Vertrage der Kontrahenten zu geben oder gar ein constitutum debiti alieni anzuerkennen; außerdem hatte man bei der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse und bei der Mannigfaltigkeit des von den Parteien selbst Gewollten Bedenken gefaßt, durch die Auf-

nahme fester Bestimmungen im Sinne objektiven Schuldüberganges dem Verkehr und den Rechtsgeschäften der Beteiligten Gewalt anzutun.

Eine solche absolute Zurückhaltung war indessen nicht richtig. Wenn man aus leichtbegreiflichen Gründen keine zwingenden Rechtssätze schaffen wollte, so brauchte man nur eine Dispositivvorschrift zu geben. Damit wäre den Bedürfnissen des Lebens vollauf Genüge geleistet, soweit sie nicht schon in den Verträgen geregelt waren. Bedauerlicherweise enthielt jedenfalls das neue Gesetz eine sehr fühlbare Lücke. Die Folge davon war, daß der Kampf der Meinungen bei der Streitfrage heftiger denn je war. Denn das Handelsgesetzbuch hatte nun noch einige Bestimmungen gebracht, aus denen die Schriftsteller, dem Gesetzessinne entgegen, die Schuldhaftung herauslesen wollten; das waren vor allem die Art. 22, 23 u. 113.

§ 5.

Die Praxis.

Die höchsten deutschen Gerichte haben bei dieser Streitfrage die widersprechendsten Entscheidungen gefällt. Die wichtigsten sollen wörtlich wiedergegeben werden.

1. Das Berliner Obertribunal sagt 1866 — abgedruckt bei Simon, Zeitschr. f. HR. Bd. 24 S. 139 und bei Hoffmann, Gruchots Beitr. Bd. 12 S. 261 —: „Dadurch, daß dem Handelsgeschäft ein besonderer Name beigelegt ist, daß das Geschäft durch diese seine Firma nach außen hin repräsentiert, und daß beide voneinander unzertrennlich sind, ist dem unter der Firma geführten Handelsgeschäft eine Art von Persönlichkeit beigelegt. Wiewohl das unter einer bestimmten Form geführte Handelsgeschäft sich nicht als ein Rechtssubjekt in streng juristischem Sinne betrachten läßt, so bildet es doch ein für sich abgeschlossenes Ganzes, zu welchem als integrierende Teile nicht nur die Vorräte und Utensilien, sondern auch die Ausstände und Schulden gehören. Dieses Ganze, welches allerdings nicht als ein universitas iuris, sondern nur als ein universitas facti anzusehen ist, wird in der Handelswelt dergestalt als einheitlicher Komplex aufgefaßt, daß, welche Personen auch die Träger der Firma sein mögen, diese Einheit nicht alteriert wird, vielmehr unverändert fortbestehen bleibt. Wird nun ein solches Handelsgeschäft mit Firma auf einen anderen übertragen, so daß dieser in dasselbe mittels Singularsukzession eintritt, so bringt es die oben entwickelte Natur und das Wesen des Handelsgeschäfts mit sich, daß es als einheitliches Ganzes, mit allem, was dazu gehört, übertragen erscheint".

Das Obertribunal nimmt sogar an, daß ein ausdrücklich entgegenstehender Vertrag die Gläubiger des früheren Firmeninhabers nicht berühre.

Das Gericht faßt also das Firmengeschäft zwar nicht als juristische Person, wohl aber als eine Art von Persönlichkeit, sonach als eine quasi iuris persona auf. Es will also mit mangelhafter Begründung das Firmengeschäft wie eine juristische Person behandeln. Es übersieht aber dabei, daß nicht das Geschäft, sondern der Kaufmann selbst in der Firma seinen Handelsnamen vom Gesetz bekommen hat, daß auch die Geschäfte durchaus nicht alle unter der Firma, sondern auch unter dem bürgerlichen Namen des Kaufmanns abgeschlossen sein können. Ferner würde diese Annahme des Gerichts zu denselben unerträglichen Resultaten führen, wie dies oben bei Hassenpflug gezeigt ist. Die Entscheidung ist also verfehlt.

2. Das Reichsoberhandelsgericht hat hingegen wiederholt (ROHG. Bd. 1 S. 68, Bd. 2 S. 143, Bd. 8 S. 383, Bd. 12 S. 159, Bd. 16 S. 271) dahin erkannt, daß der Firmenfortführer an sich noch nicht Schuldner der alten Geschäftsgläubiger wird. Er werde es selbst dann nicht, wenn er die Schuldübernahme dem alten Firmeninhaber versprochen habe. Sofern jedoch letzterer sich dies in dem Sinne ausbedungen habe, daß sich der Übernehmer nicht nur ihm, sondern auch den Gläubigern gegenüber verpflichtet habe, dann hätten diese das Recht des Hinzutritts zum Vertrage und damit ein selbständiges Klagerecht nach den Grundsätzen über Verträge zugunsten Dritter. Ein anderer Weg zur Verhaftung des neuen Inhabers sei dadurch gegeben, daß dieser die Übernahme der Passiven in handelsüblicher Weise, also durch öffentliche Blätter, Börsenanschlag oder Zirkular, anzeige, wobei auf eine Vereinbarung mit dem alten Inhaber gar nichts ankomme. Im ganzen sagt also das Reichsoberhandelsgericht, daß die Schuldübernahme im Zweifel bei Firmenfortführung nicht stattfinde, ebensowenig wie der Forderungsübergang.

In ähnlicher Weise haben auch die Oberappellationsgerichte Dresden und Nürnberg erkannt (Seufferts Arch. Bd. 21 S. 240, Bd. 25 S. 71). Zuerst hatte schon das Oberappellationsgericht Lübeck so entschieden (Seufferts Arch. Bd. 11 S. 83).

Diese Entscheidungen bewegen sich also völlig auf gemeinrechtlichem Boden; sie werden dem Leben nicht gerecht. Aus diesen beiden Gründen sind sie oft angefochten worden.

3. Das Reichsgericht hat dagegen 1880 erkannt (Bd. 2 S. 55): „So gewichtig die Gründe der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts sind, so ist derselben doch für den Fall nicht beizupflichten, wenn der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts durch Vertrag

mit dem bisherigen Inhaber oder dessen Erben unter Übernahme der vorhandenen Aktiven und Passiven in alle geschäftliche Beziehungen desselben eintritt und nur das Geschäft unter Beibehaltung der früheren Firma fortführt. In einem solchen Vorgange liegt für den kaufmännischen Verkehr ein wirksames Angebot des Erwerbers an die Geschäftsgläubiger, denselben für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäfts gerecht zu werden, welche der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger um so weniger bedarf, als sie nur Rechte für dieselben begründen. Es muß vom Standpunkte der Handelssitte und des praktischen Bedürfnisses, sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehr der Fortführung des Geschäftes unter derartigen Umständen dieselbe Wirkung beigelegt werden wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Erwerbers, daß er die Passiva des Geschäfts mit übernommen habe".

Ähnlich lauten RG. Bd. 17 S. 98, Bd. 38 S. 175. Damit ist mit der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts gebrochen worden, und zwar hauptsächlich unter Hervorhebung der Grundsätze über Treu und Glauben. Dem Leben war Rechnung getragen. Es war aber immer noch vorausgesetzt, daß die Parteien etwas über den Schuld- und Forderungsübergang vereinbart hatten; es ist also noch nicht die Tatsache der Firmenfortführung allein entscheidend.

§ 6.

Die Wissenschaft.

Die Wissenschaft hat sich, wie schon oben gesagt, sehr lebhaft mit der Streitfrage beschäftigt. Die hauptsächlichsten Ansichten sind folgende:

1. Nach Völderndorff (in seinem Kommentar zum HGB. von 1868) ist es bei der Geschäftsübernahme samt Firma nötig, daß der Erwerber „in die volle kaufmännische Persönlichkeit eintritt, daß er das Geschäft als solches in seiner Gesamtheit übernimmt"; er hafte dann unbedingt und unbeschränkt für alle Geschäftsschulden und sei Gläubiger aller Geschäftsforderungen.

Diese Begründung leidet an der Einführung des Begriffes „Kaufmännische Persönlichkeit" und ist deshalb wegen einer unklaren Voraussetzung zu verwerfen. Denn dieser Begriff ist nicht technisch; man weiß nicht, was er zu bedeuten hat. Auch Völderndorff klärt es nicht auf.

2. Busch (Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preußen 1876 Bd. 4 S. 429) kommt zu demselben Resultate wie das Berliner Obertribunal, ohne aber dessen Begründung zu der seinigen zu

machen. Er erblickt nämlich in der Bekanntmachung des Firmenübergangs im Zweifel ein constitutum debiti alieni des Firmenfortführers, das er gegenüber den Geschäftsgläubigern abgebe. Wenn er aber seine Haftung diesen gegenüber ausschließen wolle, so genüge dazu nicht eine entsprechende Klausel in seinem Vertrage mit dem Veräußerer; sie müsse vielmehr noch den Gläubigern oder dem Publikum gegenüber in erkennbarer Weise ausgesprochen werden. Durch die Möglichkeit des Haftungsausschlusses unterscheidet sich also Buschs Ansicht von der des Obertribunals (so argumentiert auch Behrend in seinem Lehrb. des HR. 1886 § 37 III).

Hier wird aber etwas in den Veräußerungsvertrag der Kontrahenten hineininterpretiert, was diese gar nicht gewollt zu haben brauchen; das ist ein Mangel.

3. Regelsberger bringt in der Zeitschr. f. HR. 1870 Bd. 14 eine interessante Definition vom Handelsgeschäft. Sie lautet: „Unter dem Handelsgeschäft pflegt der Geschäftsmann nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes zu denken; ein weiteres ist darunter weder notwendig noch regelmäßig begriffen". Mit Rücksicht auf diese Definition legt er der Firmenfortführung als solcher für die Aktiven und Passiven nicht die geringste Bedeutung bei. Er läßt jedoch ein Klagerecht der Gläubiger gegen den Firmenerwerber insofern zu, als dieser in seinem Vertrage mit dem Firmenveräußerer eine Zahlungsübernahme erklärt habe; dazu müsse jedoch noch seine ausdrückliche Erklärung gegenüber den Gläubigern kommen, die handelsübliche Bekanntmachung des Firmenübergangs als solchen reiche nicht aus.

In ähnlicher Weise hat sich auch Simon in derselben Zeitschrift (Zeitschr. f. HR. 1879 Bd. 27) entschieden: nicht der Firmenübergang entscheide, sondern ein besonderer Verpflichtungsgrund des Erwerbers sei nötig.

Das Reichsoberhandelsgericht hat sich diesen streng romanistischen Ansichten angeschlossen; sie tragen indessen den Lebensbedürfnissen keine Rechnung.

4. Thöl hat in seiner Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts von 1874 den Satz aufgestellt: „Wer eine Firma durch Vertrag erwirbt und fortführt, wird Gläubiger und Schuldner in betreff der mittels der Firma begründeten Schulden und Forderungen". Er gelangt zu diesem Satze durch die Behauptung, in Art. 23 sei ausgesprochen, daß der Übergang des Handelsgeschäfts die unabweisbare Folge des Firmenüberganges sei, und durch die Definition des Handelsgeschäfts. Er versteht nämlich darunter

„die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderungen und Schulden und weiter nichts von dem, was man sonst unter Handelsgeschäft verstehen könnte".

Indessen ist einmal bei der Auslegung von Art. 23 verfehlt, den Übergang des Handelsgeschäfts als die Folge des Firmenübergangs anzusehen; ersterer ist vielmehr die Voraussetzung für diesen. Außerdem läßt sich der Begriff des Handelsgeschäfts durchaus nicht in der wiedergegebenen Weise festlegen. Damit ist auch die Ansicht Thöls widerlegt.

5. Nach Mommsen (Buschs Arch. 1875 Bd. 32 S. 201) ist die Firma das äußere Zeichen der Identität des Geschäfts. Geschäft aber bedeute nach Anschauung des Handelsstandes wie in Gemäßheit der Vorschriften des Handelsgesetzbuches den Komplex eines selbständigen und zum Handelsbetriebe angewandten Vermögens. Da aber Firma Geschäft bedeute, müsse folglich der Firmenübernehmer für ohne weiteres berechtigt gehalten werden, die geschäftlichen Forderungen einzutreiben, und für verpflichtet, den Geschäftsverbindlichkeiten nachzukommen. Nach außen sei es so, daß das Geschäft dasselbe bleibe, also unbeschränkter und unbeschränkbarer Übergang der Forderungen und Schulden.

Diese Beweisführung ist insofern falsch, als die Firma nicht der Name des Geschäfts, sondern des Kaufmanns ist und daß der Begriff des Geschäfts veränderlich und durchaus nicht obigen Inhalt zu haben braucht.

6. Ladenburg setzt in Buschs Arch. 1880 Bd. 40 S. 49 ausführlich auseinander, daß der Übernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts samt Firma auch für alle Verbindlichkeiten hafte, denn er habe ja die Aktiven, und wer diese habe, müsse auch die Passiven übernehmen, zu deren Deckung die ersteren ja da seien. Zu diesem Schlusse gelangt er durch die Analogie der Grundsätze, die bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften gelten. Das mag wohl praktisch für die Gläubiger sein, ergibt sich aber sonst nirgends im deutschen Rechte.

§ 7.

Ergebnis.

Wie sich aus den aufgeführten Entscheidungen der Gerichte und den Ansichten der Autoren ergibt, war man trotz der Wichtigkeit der Frage zu keinem sicheren Resultate gekommen. Deshalb entschloß man sich, in dem zu beratenden Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuchs Bestimmungen hierüber aufzunehmen, um dem Verkehrsbedürfnis nun endlich entgegenzukommen. Auf diese Weise entstanden die §§ 25—27 unseres heutigen Handelsgesetzbuchs.

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen.

§ 8.

Übersicht der Voraussetzungen.

In den §§ 22 u. 23 HGB. sind Bestimmungen über die Voraussetzungen der Firmenfortführung gegeben. Der § 25 bespricht dann ihre Wirkungen in gewissen Grenzen, nämlich für die Geschäftsforderungen und -schulden.

Während § 22 positiv sagt, daß der Erwerber eines Handelsgeschäfts für dieses die Firma fortführen darf, wenn er dazu die Genehmigung des alten Firmeninhabers hat, gibt der § 23 dieselbe Vorschrift in negativer Weise, indem er bestimmt, daß die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden darf.

Hiernach müssen bei der Firmenweiterführung folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Es muß ein Handelsgeschäft erworben und weitergeführt werden;

2. zu diesem Zwecke muß ein gültiger Erwerbsakt vorliegen; es bedarf sonach eines gültigen Veräußerungsvertrages;

3. es muß für das erworbene Handelsgeschäft eine Firma bestehen und für *dieses* fortgeführt werden.

Im folgenden sollen diese Voraussetzungen im einzelnen genauer untersucht werden, und zwar mit Rücksicht auf das obige Thema nur beim Erwerbe unter Lebenden. Sie sollen jedoch beim Erwerbe des Geschäfts eines Minderkaufmanns besonders erörtert werden.

§ 9.

Die Geschäftsfortführung.

Wenn ein Handelsgeschäft erworben und weitergeführt werden soll, muß es selbstverständlich *schon* vorhanden und betrieben worden sein; es muß ferner auch im Moment der Übernahme *noch* bestehen.

Hierbei fragt es sich, was man unter Handelsgeschäft zu verstehen und inwieweit diese Erwerbung zu gehen hat.

A. Es gibt keine gesetzliche Definition für den Begriff des Handelsgeschäftes. Ebensowenig wird er im Gesetz immer in derselben Bedeutung verwendet. So sei nur darauf hingewiesen, daß

Handelsgeschäft in § 343 das Geschäft eines Kaufmanns bedeutet, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Ganz offenbar hat aber das Wort „Handelsgeschäft" in den §§ 22, 23 u. 25 einen ganz anderen Sinn. Ferner erkennt man aus § 25, daß Forderungen und Schulden bei der Übertragung des Handelsgeschäftes nicht veräußert werden müssen. Man wird hiernach einen engeren und einen weiteren Begriff des Handelsgeschäftes unterscheiden und, wie noch unten näher festgestellt werden wird, sagen müssen, daß der engere Begriff des Handelsgeschäftes bei dessen Veräußerung mindestens gegeben sein muß.

I. Weiterer Begriff des Handelsgeschäftes: In diesem Sinne ist Handelsgeschäft soviel wie Handelsvermögen. Darunter hat man nach Lehmann (Komm. z. HGB. von Lehmann-Ring Bd. 1 S. 89) zu verstehen „die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert". Das Handelsgeschäft ist also ein besonderes, durch seinen Zweck charakterisiertes Vermögen, ein Sondervermögen. Bei den Handelsgesellschaften ist es dies auch im rechtlichen Sinne, dagegen nicht beim Einzelkaufmann. Denn dieser hat sein ganzes Vermögen zu inventarisieren und daraus die Bilanz zu ziehen, mag er auch sonst Privat- und Handelsvermögen unterscheiden und dies in prägnanter Weise in seinen Büchern zum Ausdruck bringen. Es wird ja auch der Konkurs über sein ganzes Vermögen eröffnet; seinen Gläubigern stehen beide Vermögensmassen in gleicher Weise zu ihrer Befriedigung zu. Das Handelsvermögen ist sonach beim Einzelkaufmann nur eine universitas facti, d. h. ein Vermögenskomplex, der wegen seines bestimmten Zweckes von ihm in faktischer, aber nicht rechtlicher Beziehung gesondert behandelt wird.

Zu den obenerwähnten Vermögensbestandteilen gehören nach herrschender und berechtigter Lehre nicht nur die aktiven, sondern auch die passiven Bestandteile.

a) Bei den ersteren kann man drei Klassen unterscheiden:

1. Die körperlichen Sachen, die zum Betriebe eines Handelsgewerbes bestimmt sind. Darunter sind zu nennen: Grundstücke nebst Gebäuden, das Warenlager, die Rohmaterialien und Halbfabrikate, die Geschäftsutensilien, die den Geschäftszwecken dienenden Barmittel und Wertpapiere, die Handelsbücher, die empfangenen Handelsbriefe, die Kopien der abgesandten Handelsbriefe, Preismedaillen, Ehrendiplome.

2. Alle möglichen Rechte, die irgendwelche Beziehungen zum Handelsgewerbe haben. Dahin gehören die Persönlichkeitsrechte, wie Patentrechte, Urheberrechte, Rechte auf Warenzeichen, Marken, Gebrauchsmuster und vor allem auf Führung einer bestimmten

Firma. Es kommen auch alle denkbaren dinglichen Rechte dazu. Am wichtigsten sind aber die vielen persönlichen Rechte, mögen sie nun auf Rechtsgeschäft oder Gesetz oder unerlaubter Handlung beruhen. Von den ersteren mögen genannt sein die Miet- und Pachtrechte, Ansprüche auf Dienstleistungen, auf Lieferung von Rohmaterialien oder Fabrikaten, auf einmalige oder wiederkehrende Leistungen von Fuhrleuten, Schiffern oder Eisenbahngesellschaften, die Berechtigung, manchen Personen die Begründung eines Konkurrenzgeschäfts oder den Eintritt in ein solches zu untersagen, vor allem die Ausstände. Von den Rechten ex lege oder ex delicto können vorhanden sein solche auf Schadensersatz oder Buße wegen Verletzung von Patent- oder Urheberrechten oder wegen Unterschlagung.

3. Zu den Aktiven gehören endlich gewisse tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert, die der Kaufmann unter dem Namen „Chancen" zusammenfaßt. Darunter versteht er solche tatsächlichen Beziehungen und Verhältnisse, die er zwar augenblicklich nicht sofort in klingende Münze umsetzen kann, durch die er aber auf Grund der unter 1 und 2 angegebenen Grundlagen Gewinne zu erhalten hofft. Dahin sind zu rechnen die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, die nicht auf irgendeine Weise, wie durch Patentrechte, Konkurrenzverträge usw., geschützt sind, ferner alle tatsächlichen Beziehungen, aus denen sich vorteilhafte Bezugs- und Absatzquellen ergeben können, und solche, die als Gelegenheiten zum Abschluß von Kreditgeschäften von Wert sind, endlich auch der Ruf des Geschäftes. Diese Chancen erscheinen oft unter dem Namen „Kundschaft, Kredit, Renommee des Geschäfts".

Da nun, wie sich aus der gegebenen Übersicht ergibt, die Chancen weder zu den Sachen noch zu den Rechten gehören, ja nur zum geringen Teile mit einem gewissen Rechtsschutz versehen sind, kann durchaus berechtigterweise die Frage gestellt werden, ob sie überhaupt zu den Vermögensbestandteilen gerechnet werden dürfen. In Wirklichkeit sind aber die Chancen die Ursache, weshalb der Kauflustige das Handelsgeschäft kauft; er zahlt nur deshalb eine Menge Geld, um sie benutzen zu können und aus ihnen den gehofften Gewinn zu ziehen. Sind die Chancen dagegen schlecht oder überhaupt nicht vorhanden, was oft bei neuen Geschäften der Fall sein wird, dann wird sich niemand so leicht finden, der viel zahlt. Sie gehören also zu den Vermögensbestandteilen des Geschäftes; sie bilden sogar den Kern desselben.

b) Zu den passiven Vermögensbestandteilen sind alle Verbindlichkeiten zu rechnen, die im Betriebe des Handelsgewerbes begründet sind, mögen sie auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder Delikt

beruhen. So zählt zu den Geschäftsschulden auch die Verpflichtung zur Firmenänderung.

II. Engerer Begriff des Handelsgeschäftes: Aus der bisher gegebenen Darstellung des Begriffes des Handesgeschäfts ergibt sich ohne weiteres, daß zu diesem nicht immer die aufgezählten Vermögensbestandteile gehören und sonach bei der Veräußerung des Geschäfts veräußert werden müssen. Denn es gehört z. B. durchaus nicht zu allen Handelsgeschäften ein Grundstück, ein Patent oder irgendein geldwertes Fabrikationsgeheimnis. Auch ist das Handelsgeschäft nicht notwendig ein Vermögensbegriff in dem Sinne, daß es nur als Ganzes mit Forderungen und Schulden übertragen werden könnte; vor allem besteht eine derartige Vermutung nicht zwischen den Parteien (RG. Bd. 46 S. 268). Man hat daher wohl unter Handelsgeschäft im engeren Sinne alle die Vermögensbestandteile zu verstehen, die zur Fortführung des Geschäftes in seinem bisherigen Charakter unbedingt nötig, sonach seine unmittelbaren Grundlagen sind. Was unter diesen im Einzelfall zu gelten hat, ist natürlich verschieden. Jedenfalls brauchen hierzu nicht die Geschäftsforderungen und -schulden zu gehören, wie sich aus § 25 ergibt, wenn auch manche Schriftsteller zu dieser Annahme neigen, weil bei deren Übergang der neue Inhaber sofort in Verbindung mit den Geschäftskunden trete und dadurch die Kontinuität des Geschäftsbetriebes gewahrt werde. Diese können vielmehr wie die anderen Sachen und Rechte so weit bei der Übernahme ausgeschlossen werden, als nicht dadurch der Charakter des bisherigen Handelsgeschäftes beeinträchtigt wird. Andererseits werden aber die Chancen, wie schon oben gesagt, immer zu dem Handelsgeschäft im engeren Sinne gehören; denn sie sind die Grundlagen.

B. Bisher ist entwickelt worden, was unter Handelsgeschäft im Sinne der §§ 22, 23 u. 25 des Gesetzes gemeint ist. Wesentlich ist jedenfalls beim Handelsgeschäft, daß es nicht ein toter Vermögenskomplex ist, sondern ein solcher, der im Betriebe eines Handelsgewerbes verwendet wird, daß also zu den Vermögenswerten noch die Betriebsverwendung hinzukommt. Es liegt also einmal kein Handelsgeschäft dann vor, wenn die Vermögenswerte noch nicht zum Betriebe eines Handelsgewerbes verwendet sind. Dies ist der Fall, wenn sich jemand „zur Erfüllung eines die Übertragung seines Namens als Firma bezweckenden Vertrages den Komplex von Gegenständen, welche ein Geschäft darzustellen vermögen, anschafft, um ihn sofort statt eigenen Betriebes nach erlangter Firmenübertragung an seinen Kontrahenten zu veräußern (RG. Bd. 9 S. 2). Durch einen solchen Vertrag wird nur das Gesetz umgangen. Andererseits liegt aber kein Handels-

geschäft mehr vor, wenn der Betrieb bereits aufgehört hat. Das ist jedoch nicht so zu verstehen, daß sofort mit dem Aufhören des Gewerbebetriebes auch das Handelsgeschäft als solches zu Ende ist. Das Handelsgeschäft besteht vielmehr so lange, als die zur Fortführung desselben geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, selbst wenn der Inhaber zeitweilig aufgehört hat, diese weiter zu pflegen (Staub Bd. 1 S. 136). Man kann auch mit RG. Bd. 25 S. 77 sagen: erst mit der Zerstörung der wirtschaftlichen Grundlagen des Handelsgeschäftes hört dasselbe zu bestehen auf. Beispiele für die Richtigkeit dieses Satzes sind gegeben, wenn der bisherige Inhaber stirbt oder gar in Konkurs verfällt. In diesen Fällen wird der Betrieb in gewisser Weise gestört, aber nicht zerstört; der Erbe oder Konkursverwalter wird vielleicht das Geschäft einige Zeit nicht betreiben, aber es einstweilen so lassen, wie es ist, und erst nach Übersichtserlangung es eventuell fortbetreiben. Selbstverständlich dürfen durch diese Tatsachen die Beziehungen zu den Kunden nicht schon unterbrochen sein, sonst ist das Handelsgeschäft vernichtet. Solche Geschäfte können also wohl veräußert werden, weil sie noch bestehen.

Zusammenfassend muß demnach bemerkt werden, daß die Geschäftsveräußerung im Gesetzessinne dann gegeben ist, wenn von dem Geschäftsvermögen so viel übertragen wird, als zur Wahrung der Kontinuität des Unternehmens nötig ist, und wenn dieser Teil des Geschäftsvermögens, der also nicht quantitativ gemeint ist, zum Betriebe eines Handelgeschäftes schon verwendet ist und noch verwendet wird.

§ 10.

Der Erwerbsakt.

Der Akt der Erwerbung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden vollzieht sich auf Grund eines Vertrages. Für diesen Veräußerungsvertrag sind beim Einzelkaufmann im Handelsgesetzbuch keine Formvorschriften gegeben. Es ist somit nach Art. 2 EG. z. HGB. hierfür bürgerliches Recht zu beachten, da in Handelssachen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur so weit in Anwendung kommen, als nicht im Handelsgesetzbuch oder seinem Einführungsgesetz ein andres bestimmt ist. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gilt aber überall Formfreiheit, soweit nicht das Gesetz oder Parteienvereinbarung etwas anderes anordnen. Von letzterer kann hier abgesehen werden; es braucht nur gesagt zu werden, daß Verträge unter Außerachtlassung dieser Vereinbarung

nach § 125 BGB. nichtig sind. Dagegen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 311, daß alle Verträge, durch die sich jemand zur Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils desselben verpflichtet, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, andernfalls sie nach § 125 BGB. ebenfalls nichtig sind. Es fragt sich nun, ob der Einzelkaufmann sich in dieser Form bei dem Vertrage über die Veräußerung seines Handelsgeschäftes verpflichten muß. Wenn man aber bedenkt, daß letzteres weder sein ganzes Vermögen noch ein Bruchteil desselben ist — nur der quantitative kommt in Betracht —, so ist die Frage zu verneinen. Man mag dabei den Begriff des Handelsgeschäftes noch so weit fassen, wie man will, der Kaufmann wird stets bei dessen Veräußerung sich einige Gegenstände, die er selbst zu seinem allernotwendigsten Lebensunterhalt braucht, zurückbehalten und deshalb nicht sein ganzes Vermögen oder einen Bruchteil davon veräußern. Insoweit bedarf es also keiner bestimmten Vertragsform.

Jedoch ist dies möglich, wenn dem Veräußerungsvertrage entweder eine bestimmte causa zugrunde liegt oder wenn die Verpflichtung zur Veräußerung gewisser Vermögensstücke, wie Grundstücke, eingegangen werden soll. So ist die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung notwendig, wenn eine Schenkung (§ 518 BGB.) oder ein Erbschaftskauf (§ 2371 BGB.) hinsichtlich des Handelsgeschäftes vorliegt. Indessen wird die Verletzung der Form von § 518 dadurch geheilt, daß die einzelnen Vermögensstücke des Handelsgeschäfts vom Inhaber auf den Erwerber zu Eigentum übertragen werden. Andererseits bedarf es nach § 313 BGB. derselben Form, wenn sich die Veräußerungsverpflichtung mit auf Grundstücke erstrecken soll. Ist jedoch in dem letzten Falle die Form verletzt worden, dann ist nicht nur der Vertrag hinsichtlich der Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung, sondern vielmehr der ganze Vertrag nichtig, weil er hinsichtlich eines Teiles wegen Formverletzung nichtig ist, es sei denn, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139 BGB.), oder daß die Grundstücke aufgelassen werden (§ 313, 2 BGB.).

§ 11.

Die Firmenfortführung.

Wie schon oben bemerkt, kann die Firma veräußert werden. Allerdings ist sie kein freies Handelsobjekt in dem Sinne, daß sie für sich auf einen anderen übertragen werden könnte; sie darf vielmehr nur mit dem Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden (§ 23 HGB.). Es ist klar, daß es sich

bei der Fortführung eines Handelsgeschäfts samt Firma nur um das eines Vollkaufmanns handeln kann. Denn die Minderkaufleute haben keine Firma, sondern nur ihren bürgerlichen Namen; auf sie findet das Firmenrecht keine Anwendung (§ 4 HGB.). Notwendig ist aber nicht in allen Fällen, daß die Firma bereits im Handelsregister eingetragen ist. So ist nach Abs. 2 des § 1 derjenige schon Kaufmann und hat eine Firma, der die hier bezeichneten Geschäfte betreibt; seine Eintragung hat keine rechtsbegründende Wirkung. Dagegen muß in allen anderen Fällen nach §§ 2 u. 3 HGB. der Gewerbetreibende sich eintragen lassen, um die Kaufmannseigenschaft zu erlangen und eine Firma zu haben.

Die Veräußerung der Firma vollzieht sich dadurch, daß der Firmeninhaber darein willigt, daß sie der andere fortführt. Diese Einwilligung muß nach dem Gesetze eine ausdrückliche sein. Es genügt also nicht bloßes Stillschweigen oder Dulden der Firmenfortführung. Auch ist es nicht ausreichend, wenn der bisherige Inhaber seine Genehmigung durch konkludente Handlungen zu erkennen gibt. Ausdrücklich muß vielmehr die Einwilligung sein. Eine bestimmte Form für den Ausdruck der Willenserklärung ist im übrigen nicht vorgeschrieben. Es ist Sache der Beurteilung des einzelnen Falles, ob der Wille sich in solcher Weise kundgetan hat, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche anzusehen ist (ROHG. Bd. 10 S. 291).

Dies ist auch der einzige Weg für den Firmenfortführer, um die Berechtigung dazu zu erlangen. Er kann nicht etwa dieses Recht ersitzen; denn nach § 937 BGB. gibt es eine Ersitzung nur an körperlichen Sachen, also nicht an Rechten.

Bei der Eintragung im Handelsregister muß die ausdrückliche Genehmigung der Firmenweiterführung dem Registerrichter nachgewiesen werden; daraufhin erfolgt der Eintrag. Dieser hat aber nur rechtsbekundende Wirkung. Er gehört weder zur Voraussetzung der berechtigten Firmenfortführung noch löst er für sich die Wirkungen des § 25 HGB. aus. Die Einwilligung wird regelmäßig von dem Geschäftsveräußerer selbst erteilt. Es ist dies entweder der Handelsgeschäftsinhaber selbst oder sein Erbe oder sein gesetzlicher Vertreter. Gibt er sie jedoch nicht, wie er sich im Vertrage über die Veräußerung seines Geschäfts samt Firma verpflichtet hatte, dann ist der Geschäftserwerber machtlos: die Einwilligung kann er sich nicht im Zwangsvollstreckungswege holen; denn die Firma ist kein Vollstreckungsobjekt. Es ist auch möglich, daß der Geschäftserwerber sich an eine andere Person als die wenden muß, mit der er den Geschäftsveräußerungsvertrag abgeschlossen hat, um die Firma zu bekommen. Das ist dann der Fall, wenn der Einzelkaufmann sich im Konkursstadium befindet.

Sofern sich hier bürgerlicher Name und Firma desselben decken, kann nur er die Einwilligung zur Firmenfortführung geben. Er muß also bei dem Veräußerungsvertrage des Geschäftes samt Firma mit dem Konkursverwalter, der ersteres veräußert, wegen der Firmenübertragung zusammenwirken. Decken sich hingegen Firma und bürgerlicher Name des Gemeinschuldners nicht, dann ist der Konkursverwalter auch zur Veräußerung der Firma berechtigt.

Es fragt sich nun noch, wann diese Zustimmungserklärung zur Firmenfortführung gegeben sein muß. Sie kann am einfachsten sofort mit in dem Vertrage gegeben werden, in dem sich der Geschäftsinhaber zur Veräußerung seines Handelsgeschäftes verpflichtet. Sie kann aber auch nach diesem Vertrage erteilt werden; nur muß dies zu einer Zeit geschehen, wo die Veräußerung selbst noch nicht vorgenommen ist. Denn in dem Momente, wo der alte Inhaber sein Geschäft auf einen anderen übertragen hat und es also nicht mehr betreibt, erlischt seine Firma. Sie kann auch nicht dadurch später wieder aufleben, daß er dem neuen Geschäftsinhaber nunmehr die Genehmigung zur Firmenfortführung gibt. Ebenso erlischt die Firma, wenn sich ihr Erwerber zunächst seines bürgerlichen Namens bei der Geschäftsfortführung bedient.

Der alte Inhaber hat aber seine Genehmigung nur in dem Sinne gegeben, daß der Firmenerwerber das Handelsgeschäft auch in seiner wesentlichen Gestalt fortführt. Dieser kann also nicht nach einer gewissen Zeit plötzlich ein anderes Gewerbe beginnen, das mit dem alten gar nichts zu tun hat und auch ohne jede Überleitung vom alten begonnen wird. Er muß mit anderen Worten die Firma für dasselbe Geschäft fortführen. Doch ist dieser Satz nicht zu eng und zu wörtlich aufzufassen. Dem neuen Inhaber ist es nämlich nicht verwehrt, das Geschäft zu erweitern oder zu verkleinern, ihm neue Handelsartikel zuzufügen; es muß nur die Kontinuität des Unternehmens gewahrt werden. Er kann sogar so weit gehen, daß er allmählich das Handelsgeschäft zu einem ganz anderen umgestaltet, als er es übernommen hat. Dies ist am einleuchtendsten, wenn er neue Artikel zu den alten in seinem Gewerbebetriebe aufnimmt, mit beiden eine Zeitlang handelt und schließlich die alten ausscheidet. Die Geschäftskunden wissen ganz genau, welches Handelsgeschäft jetzt und früher sich unter der Firma verbirgt; es kann also der Verkehr nicht gefährdet werden. Es ist allerdings sehr bestritten, ob bei wesentlicher, allmählicher Veränderung des Geschäftes die alte Firma fortgeführt werden darf. Für diese Ansicht sind Staub Bd. 1 S. 139; Makower Bd. 1 S. 117; Cosack § 16 u. RG. Bd. 46 S. 152; Gegner sind

Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 233; Goldmann Bd. 1 S. 94 und Lehmann Bd. 1 S. 85. Doch lassen die letzteren die Firmenfortführung zu, wenn das Geschäft nur teilweise in der zuerst besprochenen Weise verändert wird und es noch auf denselben Grundlagen beruht.

Wenn diese Tatsachen alle vorliegen, wie sie angeführt sind, dann führt der neue Geschäftsinhaber die alte Firma berechtigterweise fort. Fehlt jedoch z. B. die Genehmigung zur Firmenfortführung, dann ist diese unberechtigt, aber möglich. Der Unterschied beider Erscheinungen ergibt sich dann bei der Frage, ob gegenüber den Geschäftsschuldnern die Geschäftsforderungen auf den neuen Inhaber übergegangen sind. Das wird später zu zeigen sein.

Indessen hat der neue Inhaber nur das Recht, nicht auch die öffentlichrechtliche Pflicht zur Fortführung der erworbenen Firma. Wenn er sich aber dem alten Inhaber auch dazu verpflichtet hatte, dann kann dieser zwar eventuell bei Unterlassung dieser Pflicht Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung geltend machen, aber er kann nicht auf Einhaltung des Vertrages in dieser Beziehung klagen oder seinen Kontrahenten durch den Registerrichter mit Ordnungsstrafen dazu zwingen.

Der neue Inhaber kann der erworbenen Firma einen Zusatz beifügen oder nicht; im übrigen muß er aber die alte Firma unverändert führen.

§ 12.

Die Geschäftsveräußerung beim Minderkaufmann.

Oben wurde schon erwähnt, daß das Firmenrecht auf den Minderkaufmann keine Anwendung leidet. Nun ist aber möglich, daß dieser trotzdem im Handelsregister eingetragen ist. Wenn er sein Handelsgeschäft veräußert, was er ja kann, lassen sich deshalb zwei Fälle unterscheiden, je nachdem er eingetragen ist oder nicht.

I. Ist er nicht eingetragen, dann hat er auch nur einen Namen, seinen bürgerlichen. Benutzt er im Handelsverkehr einen anderen als diesen, so widerspricht dies dem Gesetz; allerdings ist er nicht strafbar, wenn er ihn sich nicht gegenüber dem zuständigen Beamten beilegt (§ 360 Ziff. 8 StGB.). Er kann auch nicht vom Registerrichter mit Ordnungsstrafen angehalten werden, die Zeichnung mit einem anderen als seinem bürgerlichen Namen zu unterlassen, weil diese Möglichkeit nur bei wahren, eingetragenen Firmen nach § 37 HGB. gegeben ist. Hat nun also jemand das Geschäft

des Minderkaufmanns gekauft und gleichzeitig die Genehmigung erhalten, mit dessen Handelsnamen als „Firma“ im Handelsverkehr weiter aufzutreten, so ist er doch nicht berechtigt dazu; denn er hat keine wirkliche Firma erworben. Andererseits können aber andere nicht ohne weiteres gegen ihn daraus Rechte herleiten, daß er die „Firma“ übernommen hatte (RG. Bd. 55 S. 85).

II. Anders liegt der Fall, wenn der Handelsname des Minderkaufmanns im Handelsregister eingetragen und dadurch zur Firma geworden ist. Veräußert dieser sein Handelsgeschäft samt Firma, dann sind die Folgen gegenüber dem Erwerber und Dritten verschieden. Jenem gegenüber gilt die Eintragung als eine unberechtigte; er kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen. Denn was im Handelsregister als sogen. Firma steht, kann jederzeit von Amts wegen nach § 142 FGG. gelöscht werden. Er hat also die Firma nicht deshalb erworben, weil sie im Handelsregister stand und ihre Fortführung vom bisherigen Inhaber genehmigt war. Erwerben konnte er sie deshalb nicht, weil sie nicht zu Recht bestand, indem die zu ihrer Begründung notwendigen, objektiven Voraussetzungen der §§ 1—3 HGB. fehlten. Etwas anders ist es gegenüber dritten Personen. Denn diesen kann nach § 5 HGB. nicht entgegengehalten werden, daß die Firmeneintragung zu Unrecht erfolgt sei. Ihnen haftet der neue Inhaber nach § 25 Abs. 1 HGB. als Fortführer einer eingetragenen Firma. Indessen ist letztere Ansicht bestritten.

Dritter Abschnitt.

Die Wirkungen.

§ 13.

Übersicht der Wirkungen.

Oben wurde schon gesagt, daß das Handelsgeschäft sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen kann. Es wurde dabei zwischen Passiven und Aktiven und bei letzteren zwischen körperlichen Sachen, Rechten und Chancen unterschieden. Im allgemeinen wurde auch festgestellt, daß darüber, was im Einzelfall von den Geschäftsbestandteilen als veräußert gilt, der Veräußerungsvertrag entscheidet, daß aber mindestens die zum Betriebe des Geschäftes nötigen Bestandteile veräußert werden müssen. Da diese aber keine geschlossene Vermögensmasse im Rechtssinne bilden, so kann das Handelsgeschäft auch nicht als solches erworben werden, sondern

nur die einzelnen Bestandteile, die zusammen genommen den Betrieb eines bestimmten Handelsgewerbes zu ermöglichen geeignet sind. Es gibt also mit anderen Worten keine Universalsukzession in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns. Das ist auch so, wenn die Firma fortgeführt wird; denn dabei wird ja der Erwerb des zugehörigen Handelsgeschäftes vorausgesetzt. Es fragt sich aber doch, ob nicht die Firmenfortführung als solche irgendwelche Vermutungen und Gesetzeswirkungen dafür zur Folge hat, daß die einzelnen Bestandteile auf den Firmenfortführer übergegangen oder zu übertragen sind oder nicht. Es wird diese Frage getrennt zu untersuchen sein, wie es sich nach innen und außen, d. h. im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, sowie zwischen diesem und Dritten bei den aufgeführten vier Klassen der Geschäftsbestandteile verhält. Der Erörterung hinsichtlich der Geschäftsschulden und -forderungen wird vorauszuschicken sein, was man unter ihnen zu verstehen hat.

§ 14.

Die Wirkung bei körperlichen Sachen.

I. Die Firmenfortführung hat als solche, für sich allein, bei den körperlichen Sachen weder nach außen noch nach innen die Wirkung, daß diese auf den Firmenerwerber dadurch als Eigentum übertragen sind oder es gelten.

II. Etwas anders ist es hingegen, wenn man beachtet, daß die Firmenfortführung die Fortführung des zugehörigen Geschäftes zur Voraussetzung hat. Unter diesem Gesichtspunkt wirkt allerdings die Firmenfortführung mittelbar auch bei den körperlichen Sachen des Geschäftes, wobei jedoch die Grundstücke auf jeden Fall eine Sonderstellung einnehmen. Denn einmal sind alle Verträge, in denen nichts Besonderes gesagt ist, was der Firmenerwerber von den Geschäftsbestandteilen zu Eigentum bekommen soll, so auszulegen, daß mindestens alles das als übertragen gilt, was zur Geschäftsfortführung unbedingt notwendig ist. Andererseits sind aber nach einer Reichsgerichtsentscheidung (JurW. Bd. 92 S. 59, 12) solche unvollkommene Verträge so auszulegen, daß alles das als veräußert gilt, was nicht besonders ausgenommen ist. Der Firmenerwerber ist also auf Grund dieser beiden bisherigen Auslegungen recht wohl in der Lage, vom Firmenveräußerer zu verlangen, ihm diese Geschäftsbestandteile, also auch die körperlichen Sachen zu Eigentum noch zu übertragen. Ist er jedoch schon in ihrem Besitz, dann wird er sowohl dem alten Inhaber wie jedem Dritten gegenüber durch die Vermutung

des § 1006 BGB. unterstützt, wenn sein Eigentum bestritten werden sollte.

III. Dagegen wirkt bei den Grundstücken die Firmenfortführung wegen der für dieselben geltenden strengen Formvorschriften nicht einmal mittelbar. Deshalb befindet sich der Firmenerwerber in einer schwierigen Lage, wenn der Veräußerungsvertrag nicht die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung hat und die Liegenschaften nicht erwähnt. Hier hat er auf keinen Fall bei noch so weiter Vertragsauslegung einen verfolgbaren Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Firmenveräußerer. Läßt ihm dieser die Grundstücke auf, dann ist er aus allen Zweifeln befreit. Andernfalls hat er aber keinen Behelf; vielleicht ist aber unter diesen Umständen der ganze Veräußerungsvertrag gemäß § 139 BGB. nichtig.

IV. Wenn also die Firmenfortführung mittelbar aus obigen Gründen die Vermutung für die Veräußerung der zum Geschäfte gehörigen körperlichen Sachen zur Folge hat, so fragt sich doch noch, wie sich letztere dabei vollzieht. Hierbei sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beachten. Es gehören also zur Eigentumsübertragung Einigung und Übergabe, wobei letztere durch die in §§ 930 u. 931 angegebenen Mittel des Besitzkonstituts und der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegenüber einem Dritten ersetzt werden kann. Die erforderliche Einigung ist hierbei im Veräußerungsvertrage zu finden. Das gilt für alle in § 9 aufgezählten körperlichen Sachen außer den Grundstücken.

V. Bestritten ist die Frage, ob die Handelsbücher auf jeden Fall bei der Formenfortführung mit als veräußert gelten. Man wird indessen die Frage ganz allgemein bejahen müssen. Denn die Handelsbücher, zu denen übrigens die empfangenen Handelsbriefe und die Abschriften der abgesandten Handelsbriefe eng gehören, geben ja dem Firmenerwerber erst das ordentliche Bild über den Geschäftsgang und sind deshalb zu seiner Fortführung unbedingt notwendig. Aus ihnen kann er meist allein die Chancen erkennen. Einen Überblick über die Geschäftsgläubiger und -schuldner könnte er vielleicht unter ganz besonderen Umständen aus einem Verzeichnisse derselben bekommen; aus diesem würde er aber meistens keine Ansicht gewinnen können, zu welchen Maßregeln er sich diesen Leuten gegenüber entschließen, ob er ihnen noch Kredit gewähren, sie verklagen oder mit ihnen überhaupt abbrechen soll.

Man wird also, sowohl wenn die Geschäftsschulden und -forderungen nicht übergehen, aber auch insbesondere, wenn sie übergehen, sich zu einer Eigentumsübertragung an den Handelsbüchern bekennen müssen.

§ 15.

Die Wirkung bei den Chancen.

Unmittelbar hat die Firmenfortführung dafür gar keine Wirkung, daß die Chancen des Handelsgeschäftes mitveräußert sind. Sie hat diese aber mittelbar, weil die Chancen nach den im § 9 gegebenen Ausführungen zu den wichtigsten Geschäftsbestandteilen gehören, die veräußert werden müssen, damit das Geschäft und die Firma fortgeführt werden kann. Bei jeder Firmenfortführung ist also zu vermuten, daß die Chancen mitveräußert sind.

Eine Veräußerung im gewöhnlichen Sinne ist hier allerdings nicht möglich. Der Veräußerungsvertrag ist vielmehr so zu verstehen, daß der alte Inhaber sich der Chancen nicht mehr bedienen und dem neuen Inhaber zu ihrer Ausnützung behilflich sein will. Wie dies geschieht, richtet sich nach dem Vertrage und seiner Auslegung. So wird der Veräußerer oft den Geschäftskunden die Geschäftsveräußerung mitteilen und den Firmenfortführer ihnen empfehlen müssen. In der Hauptsache aber darf ersterer die Geschäftsbeziehungen nicht stören. So darf er z. B. die Lieferanten und Kunden in keiner Weise veranlassen, ihre Beziehungen zu seinem Nachfolger zu ändern — z. B. teuere oder billigere Preise zu kalkulieren — oder gar abzubrechen. Ebenso muß er Dritten gegenüber die Geschäftsgeheimnisse geheimhalten und darf sie selbst nicht mehr benutzen. Vor allem darf er seinem Nachfolger nicht in einer Weise Konkurrenz machen, wie dies dem Vertragsinhalte nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte widersprechen würde (§§ 242, 157 BGB.). Etwas anderes ist es natürlich, wenn in dem Geschäftsveräußerungsvertrage selbst Konkurrenzbestimmungen getroffen sind. Ein solches Konkurrenzverbot findet jedoch seine Grenze in der allgemeinen Voraussetzung, daß dadurch die ganze oder hauptsächlichste Arbeitskraft des Veräußerers nicht dauernd lahmgelegt werden darf (RG. Bd. 2 S. 119, Bd. 31 S. 99); sonst ist es nichtig und auf die obigen Grenzen zurückzuführen.

§ 16.

Begriff der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt im § 25 Abs. 1, daß der Firmenfortführer schlechthin „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers“ haftet, daß

andererseits aber dann, wenn die Fortführung der Firma genehmigt war, „die in dem Betriebe begründeten Forderungen" den Schuldnern gegenüber als auf ihn übergegangen gelten. Das Gesetz statuiert also mit kurzen Worten im Falle der Firmenfortführung bestimmte Wirkungen für die Geschäftsschulden und -forderungen. Was unter diesen zu verstehen ist, soll jetzt erörtert werden. Hierbei wird auch zu zeigen sein, daß darunter in manchen Fällen verschiedenes im Verhältnisse zwischen Erwerber und Veräußerer sowie zwischen ersterem und Dritten gemeint ist.

Geschäftsforderungen und -schulden sind also nach dem Gesetze die im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten und Forderungen des bisherigen Inhabers. Sie müssen sowohl durch als auch während seines Geschäftsbetriebes für denselben begründet sein. Das sind sie dann, wenn sie mit dem Geschäftsbetriebe in so enger Verbindung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen. Es muß demnach bei ihnen zeitliches und ursächliches Moment zusammenfallen (Cohn unter I B 1 d). Dabei ist ganz gleichgültig, ob die Forderungen und Schulden schon fällig sind oder nicht; sie können recht wohl betagt oder nur bedingt sein, auch solche aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen. Ebenso kommt nichts darauf an, auf welchen Rechtsgrund sie sich stützen, ob sie auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder unerlaubter Handlung beruhen. Ferner ist es auch unwesentlich, worin die Verpflichtung besteht, mag sie nun auf Geld oder bestimmte Sachen lauten; nur dürfen es nicht höchstpersönliche Verpflichtungen sein. Dagegen gehören nicht hierher alle Schulden und Forderungen des alten Firmeninhabers, welche ihren Grund nicht in geschäftlichen, sondern in privaten Beziehungen haben. Das sind vielmehr Privatschulden und -forderungen.

Die Unterscheidung zwischen privaten und geschäftlichen Forderungen und Schulden wird oft sehr schwer sein. Hier müssen, wenn nichts Bestimmtes vom alten oder neuen Inhaber gesagt ist, gewisse Indizien helfen. Dabei sind vor allem die Einträge in die Handelsbücher sehr wertvoll; allerdings wird dieses Indiz bei den gesetzlichen und deliktischen Forderungen und Schulden gerade meist versagen. Hinsichtlich der letzteren bedeutet das aber nicht sehr viel, weil sie ohnehin nicht den Regelfall bilden. Ein anderer Hinweis für den geschäftlichen Charakter der Schulden der Forderungen kann auch darin erblickt werden, daß sie unter der vom bürgerlichen Namen des Inhabers abweichenden Firma eingegangen sind; absolut zuverlässig ist dies aber auch nicht. Endlich sind von größtem Werte hierfür die Vermutungen des § 344 HGB., wie dies hinsichtlich des Abs. 2 Wolff in der im Literaturverzeichnis angegebenen Monographie dargelegt hat. Die

beiden Vermutungen des § 344, die in Abs. 1 u. 2, sollen getrennt behandelt werden.

1. Nach § 344 Abs. 1 gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Damit ist eine sogen. praesumtio iuris aufgestellt, die jederzeit durch den Gegenbeweis widerlegt werden kann. Solange dieser aber nicht geführt wird, wird jedes Geschäft eines Kaufmanns als zu seinem Geschäftsbetrieb gehörig betrachtet. Dadurch werden auch alle aus solchen Geschäften herrührenden Forderungen und Schulden als geschäftliche vermutet. Jedoch fällt diese Präsumtion ohne weiteres weg, wenn die Geschäfte ganz offenbar mit einem Handelsgewerbe überhaupt keine Beziehungen haben können. Das ist der Fall bei den vielen, oft zugleich auch vermögensrechtlichen Verträgen des Familien- und Erbrechts, z. B. bei Güterrechtsverträgen, Erbverträgen, Erbverzichten, Schenkungen von Todes wegen. Ebenso kann auch vielen Rechtsgeschäften, die unter das Recht der Schuldverhältnisse oder das Sachenrecht gehören, der „Stempel der Inkommerziellität" (Lehmann Bd. 2 S. 13) aufgedrückt sein. Das ist gegeben bei den häufigen Geschäften für den Haushalt oder den Privatgebrauch des Kaufmanns, z. B. bei Versprechen einer Provision für Heiratsvermittlung, Engagierung eines Hausarztes, Rechtsgeschäften hinsichtlich einer Badereise oder einer Theaterdauerkarte, Mieten des Hausgesindes, Bestellung einer Beleuchtungsanlage für das Wohnhaus, Bürgschaft aus verwandtschaftlichen Rücksichten usw. Ebenso sind inkommerziell alle Geschäfte und die daraus entstehenden Schulden und Forderungen, die der Kaufmann als Mitglied des Staates, der Kirche oder der Gemeinde vornimmt, z. B. Rechtsgeschäfte als Landtagsabgeordneter, Vormund, Ortsrichter. Dagegen sind nicht ohne weiteres die Versicherungsverträge zugunsten der Ehefrau oder der Kinder inkommerziell, weil sie sehr oft im Geschäftsbetriebe abgeschlossen werden; hier greift also nicht immer die obige Vermutung Platz. In allen anderen Fällen werden indessen alle Geschäfte eines Kaufmanns, soweit nicht deren Inkommerziellität offensichtlich ist, als zu seinem Geschäftsbetriebe gehörig betrachtet, wodurch zugleich auch die daraus entspringenden Schulden und Forderungen als geschäftliche vermutet werden. Diese Vermutung greift jedoch nur zwischen dem Firmenfortführer und allen Dritten Platz, nicht auch zwischen jenem und dem Firmenveräußerer. In diesem Falle ist vielmehr überall der Beweis zu erbringen, daß eine geschäftliche Forderung oder Schuld vorliegt.

2. § 344 Abs. 2 bestimmt, daß die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet gelten, sofern sich nicht aus der Urkunde das Gegenteil

ergibt. Mit dieser Vorschrift werden auch die mit solchen Schuldscheinen zusammenhängenden Schulden und Forderungen getroffen. Der Begriff des Schuldscheins ist hierbei im weitesten Sinne zu nehmen. Es sind darunter solche Urkunden zu verstehen, die eine Verpflichtung verlautbaren, mögen sie nun konstitutive oder bloß Beweisurkunden, Wertpapiere oder keine Wertpapiere sein, den Schuldgrund nennen oder verschweigen, von einer fälligen oder befristeten oder bedingten Schuld sprechen, endlich „nur über eine Schuld oder zugleich auch über eine gegenüberstehende Forderung oder die Einräumung eines anderen als eines obligatorischen Rechtes lauten" (Wolff S. 247). Bei den Wertpapieren, den Namens-, Order- und Inhaberpapieren ist vor allem der Wechsel mit seinen sämtlichen auf ihm etwa vorkommenden Urkunden, wie Ausstellung, Akzept, Indossament und Aval, zu nennen. Wichtig sind auch die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, wie Konnossement, Ladeschein, Lagerschein und Transportversicherungspolice. Dazu kommen die Bürgschaftsscheine, Darlehnsscheine, Hinterlegungspapiere, Schlußzettel, Abrechnungen sowie die Anerkenntnisse auf denselben im Kontokorrentverkehr.

Sofern sich also aus diesen Urkunden nicht das Gegenteil ergibt, demnach nichts in ihrem Texte ausdrücklich steht, aus dem die private Natur der kaufmännischen Erklärung folgt, liegt ein geschäftlicher Schuldschein vor und sind die sich auf ihn gründenden Forderungen und Schulden geschäftliche. Es ist also der Fall der berühmten praesumtio iuris et de iure gegeben, d. h. eine gesetzliche Fiktion, die nur bei gegenteiliger Bekundung des Papiers wegfällt. Diese kann etwa in dem angegebenen Schuldgrunde zu finden sein, der unmöglich zu einem Handelsgewerbe gehören kann, z. B. Schuldversprechen wegen Mitgift, Heiratsvermittlungsprovision. Andererseits kann aber z. B. die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe nicht daraus gefolgert werden, daß ein unwahrer Schuldgrund in der Urkunde steht, während der wahre dem Handelsgewerbe gar nicht angehört. Ebenso bildet die Unterzeichnung mit dem von der Firma verschiedenen bürgerlichen Namen noch keinen durchschlagenden Gegenbeweis; sie kann lediglich in Verbindung mit anderen aus der Urkunde sich ergebenden, für sich allein auch wertlosen Bemerkungen die Fiktion ausschließen. Steht kein Schuldgrund in der Urkunde und ist sie mit der Firma unterzeichnet, dann schlägt ohne weiteres die obige Fiktion durch.

Diese Fiktion wirkt auch zugunsten und zu Lasten aller Dritter gegenüber dem Firmenfortführer; sie ist zwischen diesen durch nichts zu entkräften, wenigstens nicht in der Regel.

Dagegen kann sie unter Umständen dann zwischen Firmenveräußerer und dem Geber oder Nehmer des Schuldscheines, also

seinem Kontrahenten versagen, wenn letzterer bei seinem Erwerbe wußte, daß es sich hierbei um eine Privatschuld oder -forderung handelt. Hier kann nämlich dem Firmenveräußerer, der, vom Schuldscheininhaber belangt, den Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäß § 26 HGB. einwendet, oder seinem Kontrahenten, der die Abtretung der äußerlich geschäftlichen und verlangten Forderung an den Firmenfortführer behauptet, von seinem Gegner die exceptio doli gemäß § 242 BGB. entgegengesetzt werden, daß er bei der Begebung des Schuldscheines recht wohl die private Natur gewußt hat. Es wird jedoch hierbei das positive Wissen vorausgesetzt (vgl. Wolff S. 252; Lehmann Bd. 2 S. 14; Staub Bd. 2 S. 1137).

Es gilt diese Fiktion ferner nicht im Verhältnisse zwischen Firmenfortführer und -veräußerer. Diesem gegenüber hat sich ersterer natürlich, wenn nichts anderes und überhaupt etwas vereinbart ist, nur verpflichten wollen, die wahren geschäftlichen, nicht auch die vom Gesetze dafür angesehenen, sonst aber privaten Schulden zu begleichen; andererseits hat letzterer nur die wahren geschäftlichen Forderungen bei nicht gegenteiliger Festsetzung abtreten wollen. Es kommt also hierbei auf den wahren Charakter der Schulden und Forderungen an und ist unerheblich, in welcher Weise sich beide äußerlich zeigen.

§ 17.

Wirkung bei Geschäftsschulden.

I. Hierbei ist zu unterscheiden, in welcher Weise die Firmenfortführung als solche nach außen, d. h. im Verhältnis zwischen Firmenerwerber und Geschäftsgläubigern, ferner wie sie nach innen, d. h. im Verhältnis zwischen ersterem und dem Firmenveräußerer, und endlich wie sie zwischen letzterem und den Geschäftsgläubigern wirkt.

II. Hinsichtlich der Außenwirkung hat das HGB. in § 25 Abs. 1 Satz 1 die oben im Abschn. 1 erörterte Streitfrage endgültig zur Entscheidung gebracht. Darnach „haftet" der Firmenfortführer für die Geschäftsschulden des alten Firmeninhabers.

1. Über die rechtliche Natur dieser Bestimmung ist folgendes zu sagen: Mit dem Wort „haftet" ist schon ausgedrückt, daß diese Vorschrift nur für das Außenverhältnis gilt und das Innenverhältnis ganz unberührt läßt. Auch ist daraus ersichtlich, daß diese Wirkung ganz unabhängig von dem Willen des alten und des neuen Firmeninhabers und der Geschäftsgläubiger ist. Sie tritt eben ein als gesetzliche Folge der Firmenfortführung. Der Gläubiger braucht also nicht sein Einverständnis zu der Haftung

des Firmenfortführers zu erklären. Es ist auch nicht notwendig, daß letzterer die Schulden übernommen hat. Ja es tritt diese Wirkung sogar dann ein, wenn er ausdrücklich mit dem alten Inhaber vereinbart hat, die Schulden nicht auf sich zu nehmen, aber dabei von beiden die Bestimmung des § 25 Abs. 2 nicht beachtet ist, daß eine solche Vereinbarung zwecks ihrer Gültigkeit gegenüber den Geschäftsgläubigern entweder im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder durch einen von ihnen beiden diesen mitgeteilt ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Firmenerwerber die Geschäftsschulden gekannt hat oder nicht. Gleichgültig ist ferner dabei, ob der neue Inhaber die Firma mit Genehmigung des alten Inhabers fortführt. Hierin liegt eine gewisse pönale Folge der u n genehmigten Firmenfortführung. Notwendig ist nur die unveränderte Firmierung.

Der Firmenfortführer haftet mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit dem etwa erworbenen Geschäftsvermögen, also unbeschränkt für die Geschäftsschulden. Was unter diesen zu verstehen ist, wurde schon in § 16 gesagt; insbesondere gelten zugunsten der Gläubiger die beiden Vermutungen des § 344 HGB.

Wie das Gesetz zu einer solchen Bestimmung kommt und wie es dieselbe juristisch konstruieren will, ist müßig, zu untersuchen. Es hat jedenfalls damit einem stark empfundenen Verkehrsbedürfnis Rechnung getragen. Überdies würde die Erörterung der juristischen Konstruktion dieser Haftung nur die alte Streitfrage wieder aufrollen und Verwirrung schaffen, wo das Gesetz doch so klar entscheidet: Die Tatsache der Firmenfortführung hat die Haftung des neuen Firmeninhabers für die Geschäftsschulden zur Folge.

2. Der Firmenfortführer haftet den Geschäftsgläubigern direkt, ohne daß es einer besonderen Erklärung von ihnen oder des Mitwirkens des alten Firmeninhabers dazu bedürfte. Letzterer wird durch die Haftung seines Nachfolgers aber nicht ohne weiteres frei von seiner Verbindlichkeit. Es liegt also nicht ohne besonderen Grund eine privative Schuldübernahme vor. Dazu ist vielmehr erforderlich, daß j e d e r Geschäftsgläubiger mit dem neuen Geschäftsinhaber einen Vertrag dahin abschließt, daß er an die Stelle des alten tritt (§ 414 BGB.) oder daß j e d e r Geschäftsgläubiger den zwischen dem alten und dem neuen Inhaber abgeschlossenen und ihm mitgeteilten Vertrag desselben Inhaltes genehmigt (§ 415 BGB.). Eine solche privative Schuldübernahme ist aber nicht etwa daraus zu schließen, daß der Gläubiger den Firmenerwerber allein in Anspruch nimmt (RG. Bd. 19 S. 253). Andererseits ist ja auch in der Verklagung des Firmenveräußerers an sich noch kein Verzicht des Gläubigers auf seine Forderung gegen dessen Nachfolger zu erblicken, selbst dann nicht, wenn dem Gläubiger mitgeteilt war,

die Vereinbarung zwischen altem und neuem Inhaber, letzterer solle die Schulden bezahlen, sei nachträglich wieder rückgängig gemacht worden. Denn dadurch kann der Gläubiger sein einmal erlangtes Recht, den Geschäftsnachfolger wegen der Firmenfortführung für die Geschäftsschulden zu belangen, nicht wieder verlieren.

Wenn also keine private Schuldübernahme vorliegt, so hat der Gläubiger durch die Firmenveräußerung zu seinem alten Schuldner noch den Firmenfortführer als den zweiten Schuldner gewonnen. Ob diese beiden Gesamtschulder sind oder nicht, ist bestritten. Es wird jedoch meist bejaht, so von Düringer-Hachenburg (Bd. 1 S. 249), Goldmann (Bd. 1 S. 104), während es Staub (Bd. 1 S. 155) verneint. Erstere folgern dieses Gesamtschuldverhältnis daraus, daß die Haftung des alten und des neuen Firmeninhabers in vielen Beziehungen dieselben Erscheinungen wie dieses zeigt. Staub sagt hingegen mit Recht, daß ein solches Verhältnis deshalb nicht vorliege, weil das Gesetz sonst überall ein solches ausdrücklich mit dem Worte „Gesamtschuldverhältnis" hervorhebe, in § 25 HGB. aber nichts darüber äußere, erkennt aber auch als richtig an, daß dieses Verhältnis zwischen altem und neuem Firmeninhaber und den Geschäftsgläubigern dieselben Merkmale wie jenes trage. Der Geschäftsgläubiger kann nämlich bei teilbaren Leistungen nach seinem Belieben jeden der beiden Schuldner zum ganzen oder teilweisen Betrage der Schuld oder auch zugleich beide zu einem bestimmten Teile oder der ganzen Höhe der Leistung belangen. Erst durch vollständige Leistung, sei es auch nur durch einen von ihnen allein, werden beide Schuldner frei (§ 421 BGB.). Bei unteilbaren Leistungen kann der Gläubiger beide zugleich oder nacheinander verklagen; es werden aber beide frei, wenn einer von ihnen ordentlich geleistet hat (§ 431 BGB.).

Es ist aber nicht richtig, wegen des Umstandes, daß zwei Schuldner für dieselbe Leistung vorhanden sind und der zweite durch die Firmenfortführung hinzugekommen ist, mit Staub von einer kumulativen Haftungsübernahme oder mit den meisten Schriftstellern gar von einer kumulativen Schuldübernahme des neuen Firmeninhabers zu sprechen. Denn diese Ausdrücke weisen allzusehr darauf hin, daß letzterer die Schuld bezw. Haftung übernommen, d. h. sich zur Befriedigung der Geschäftsgläubiger bereit erklärt hat. Das ist ja aber nicht notwendig und ist jedenfalls nicht der Grund der Verpflichtung desselben ihnen gegenüber. Man wird vielmehr der Deutlichkeit halber und zwecks Ausschließung jedes Irrtums von einer kumulativen Haftung des Firmenfortführers reden müssen, zumal da das Gesetz auch nur

den Ausdruck „haftet“ gebraucht und den „übernimmt“ streng vermeidet.

3. Der Firmenerwerber hat alle die Einwendungen gegen die Geschäftsgläubiger, die der letzte Inhaber schon hatte. Das ist ganz selbstverständlich; denn sie sollen durch den Inhaberwechsel nicht besser gestellt werden, wie dies ja auch § 417 BGB. für den Fall der Schuldübernahme bestimmt. Es ist aber die Aufrechnung mit einer geschäftlichen Forderung ausgeschlossen, wenn nicht der neue Firmeninhaber als Geschäftsgläubiger gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 gilt, d. h. die Fortführung der Firma vom alten Inhaber genehmigt war. Außerdem hat der neue Inhaber alle die Einreden, die sich aus §§ 422—424 BGB. ergeben. Er kann also dem Gläubiger einwenden, daß der alte Firmeninhaber die Leistung bereits erbracht, durch Hingabe an Erfüllungsstatt erledigt, unter Beobachtung der Vorschrift von § 372 BGB. hinterlegt oder endlich mit einer Gegenforderung aufgerechnet hat. Dagegen wirkt gemäß § 423 BGB. ein zwischen dem Gläubiger und dem alten Inhaber abgeschlossener Erlaßvertrag nur dann auch für den neuen Inhaber, wenn dadurch das ganze Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte. Dagegen wirkt ohne weiteres nach § 424 BGB. der Vorzug des Gläubigers gegenüber dem alten Inhaber auch zugunsten des anderen. Alle anderen Tatsachen wirken hingegen nur für und gegen den Firmenveräußerer, wenn sie nur in seiner Person eintreten; das gilt hinsichtlich der Kündigung, des Verzugs, des Verschuldens, der Unmöglichkeit der Leistung, der Verjährung sowie deren Unterbrechung und Hemmung, der Vereinigung von Forderung und Schuld und endlich des rechtskräftigen Urteils (§ 425 BGB.).

Eine besondere Einwendung hat der Firmenfortführer gegenüber dem Geschäftsgläubiger auch noch dahin, daß die eine mittelbare Voraussetzung seiner Haftung, nämlich die Geschäftserwerbung anfechtbar sei. Eine solche Anfechtung ist ja möglich wegen arglistiger Täuschung, wegen Drohung, wegen Irrtums und ist gemäß § 143 BGB. auch gegenüber den Geschäftsgläubigern einredeweise geltend zu machen. Der Firmenerwerber kann z. B. einwenden, er sei bei dem Abschlusse des Kaufvertrages über das Geschäft arglistig von dessen Inhaber über seine Rentabilität, die für ihn der Grund zum Vertragsschlusse gewesen sei, getäuscht worden. Wenn der neue Inhaber für diese Behauptung den Beweis erbringt, so muß der ihn wegen einer Geschäftsschuld verklagende Geschäftsgläubiger abgewiesen werden. Denn ist der Vertrag über die Geschäftsveräußerung nichtig, wie dies die Folge der durchschlagenden Anfechtung ist, dann ist gemäß § 22 HGB. auch der Vertrag über die Firmenveräußerung nichtig und damit der Grund

der Haftung des Firmenfortführers dem klagenden Gläubiger gegenüber weggefallen. Indessen darf ersterer nicht etwa den Geschäftsveräußerungsvertrag auf irgendeine Weise gemäß § 144 BGB. bestätigen, wie dies z. B. durch die Fortzeichnung der Firma zum Ausdruck kommen würde; denn sonst ist die Anfechtung nicht mehr beachtlich.

Gleichgültig ist es aber, ob die Verpflichtung des neuen Inhabers, die Geschäftsschulden des alten rechtzeitig erfüllen und diesen dadurch vor einer Verklagung durch die Geschäftsgläubiger sicherzustellen, anfechtbar ist oder nicht. Denn der Firmenerwerber haftet ja nicht auf Grund einer solchen Vereinbarung, sondern auf Grund der Tatsache der Firmenfortführung.

III. Gegenüber dem Firmenveräußerer hat der Geschäftsgläubiger, sofern keine privative Schuldübernahme vorliegt, seine alten Rechte. Der Gläubiger ist nicht besser und nicht schlechter gestellt. Der alte Inhaber hat ebenso wie der neue die Einreden aus §§ 422—424 BGB. und wird frei, wenn der letztere auf eine mögliche Weise erfüllt. Ersterer hat jedoch den Nachteil, daß er selbst eventuell erfüllen muß und mit einer Geschäftsforderung gegen den Geschäftsgläubiger nicht mehr aufrechnen kann, weil der neue Inhaber gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 diesem gegenüber zu allen Rechtsgeschäften, also auch der Aufrechnung hinsichtlich der Geschäftsforderungen, allein noch legitimiert ist.

IV. Für das Innenverhältnis trifft der § 25 HGB. keine Bestimmung, ob die Firmenfortführung als solche unmittelbar den Übergang der Geschäftsschulden zur Folge hat. Es gibt auch sonst nirgends im Handelsgesetzbuch dafür einen Anhalt. Daß die Geschäftsschulden kraft zwingenden Rechtes bei der Geschäftsveräußerung mit übertragen werden, ist früher von Thöl behauptet worden; dieser Standpunkt ist aber heute überwunden, wie sich aus der nach § 25 Abs. 2 gegebenen Möglichkeit ergibt, daß die Parteien den Schuldübergang ausschließen können. Heute ist es ganz unstreitig, daß die Firmenfortführung als solche unmittelbar nicht den Schuldübergang bewirkt. Aber es fragt sich doch, ob sie nicht etwa mittelbar diese Wirkung hat, weil sie die Geschäftserwerbung voraussetzt. Hierbei sind in Ermangelung von handelsrechtlichen Bestimmungen solche des bürgerlichen Rechts zu beachten.

1. Zunächst muß jedoch festgestellt werden, daß darüber, ob die Schulden übergehen sollen oder nicht, allein die Parteien zu bestimmen haben. So kann der Veräußerer der Firma mit deren Erwerber möglicherweise eine Erfüllungsübernahme im Sinne von § 329 BGB. vereinbaren. Doch muß diese nach § 25 Abs. 2 HGB. verlautbart werden, sonst haben die Geschäftsgläubiger doch einen

direkten Anspruch gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. gegen den Firmenfortführer. Dieser kann auch mit ihnen eine privative Schuldübernahme nach § 414 BGB. abschließen, wobei der alte Firmeninhaber aus dem Schuldverhältnisse ganz ausscheidet. Ferner können der alte und der neue Firmeninhaber einen Vertrag zu demselben Zwecke schließen; der Erfolg der Ausscheidung des ersteren tritt aber erst mit der Genehmigung des Vertrages seitens aller Geschäftsgläubiger für alle Geschäftsschulden ein (§ 415 BGB.). Kommt die Genehmigung nicht hinzu, dann haftet eben der alte Inhaber neben dem neuen weiter; hier ist dann der Fall der kumulativen Schuldübernahme gegeben. Diese Verträge können selbstverständlich auch nur über einzelne Schulden abgeschlossen werden und bedürfen dann nur der Genehmigung der betreffenden Gläubiger. Ebenso erreicht die universelle Schuldübernahme nicht ihren vollen Zweck, wenn nur einzelne Gläubiger sich an ihr beteiligen, andere dies ablehnen. Endlich kann der neue Firmeninhaber mit dem alten ausdrücklich vereinbaren, daß dieser die Regelung aller oder gewisser Geschäftsschulden sich vorbehält. Doch muß eine solche Übereinkunft gemäß § 25 Abs. 2 HGB. verlautbart werden, wenn sie gegenüber den Geschäftsgläubigern gelten soll.

Der Folge nach ist die privative Schuldübernahme bei allen Parteienverabredungen das einfachste; es ist aber schwierig, sie herbeizuführen, weil dazu die Mitwirkung aller oder bestimmter Geschäftsgläubiger notwendig ist.

2. Wenn jedoch die Parteien nichts über die Geschäftsschulden vereinbart haben, dann muß die Auslegung des Vertrages über die Geschäftsveräußerung diese Lücke füllen. Hierbei ist zu beachten, daß die Schulden zu den Geschäftsbestandteilen gehören, daß alle zum Fortbetrieb des Geschäfts nötigen Bestandteile übertragen werden müssen und daß endlich alle diejenigen Bestandteile als veräußert gelten, die nicht besonders von den Parteien ausgenommen sind. Darnach ist also auch der Übergang der Geschäftsschulden im Zweifel zu vermuten, wenn die Parteien hierüber schweigen (so Staub Bd. 1 S. 146; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 245; Cosack). Dieser Satz entspricht zwar der kaufmännischen Anschauung, ist aber nicht unbestritten. Insoweit hat also die Firmenfortführung mittelbar auch die Schuldübernahme zur Folge, weil sie die Geschäftserwerbung voraussetzt.

3. Mag nun zwischen den Parteien die kumulative Schuldübernahme oder die Erfüllungsübernahme, oder auch gar nichts vereinbart und sonach die erstere vermutet werden, stets ist hierbei der Parteiwille so auszulegen, daß ein Schuldbefreiungsvertrag zwischen ihnen zustande gekommen ist. Der Firmenfortführer hat

hiernach dem alten Firmeninhaber gegenüber die Pflicht, ihn in der Weise zu befreien, daß er rechtzeitig die Geschäftsgläubiger befriedigt; er hat aber nicht die Pflicht, auf diese dahin zu wirken, daß sie seinen Vorgänger aus seinen Verpflichtungen sofort entlassen (so Staub Bd. 1 S. 147; Cosack § 14, 3; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 245; and. A. ist Wolff). Leistet der Firmenfortführer dem Geschäftsgläubiger nicht ordentlich und wird deshalb der Veräußerer von letzterem in Anspruch genommen, dann hat der alte gegen den neuen Firmeninhaber Ausgleichungsansprüche in entsprechender Anwendung von § 426 BGB. Zu diesem Zwecke geht die Forderung des von ihm befriedigten Geschäftsgläubigers kraft Gesetzes auf ihn über, und zwar gemäß § 412 BGB. mit den dafür bestehenden Nebenrechten, wie Hypotheken-, Pfand- und Bürgschaftsrechten (so Goldmann Bd. 1 S. 104). Der alte Inhaber hat also sowohl die Möglichkeit, auf Grund dieser kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Forderung des Geschäftsgläubigers von dem neuen Firmeninhaber Ersatz für die erledigte Leistung zu verlangen, als auch die, gegen ihn wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorzugehen. Denn der alte Inhaber war diesem gegenüber nicht verpflichtet, die Geschäftsschuld zu bezahlen; letzterer ist deshalb ohne Grund in seinem Vermögen dadurch bereichert, daß seine Schuld dem Geschäftsgläubiger gegenüber durch die Zahlung des ersteren getilgt ist.

Andererseits kann aber auch der Firmenfortführer gegen seinen Vorgänger dieselben Ausgleichungsansprüche auf einem der beiden erwähnten Wege geltend machen, wenn er letzterem gegenüber sich zur Schuldübernahme nicht verpflichtet hatte und wegen Nichtbeachtung der Vorschrift des § 25 Abs. 2 HGB. dennoch an die Geschäftsgläubiger leisten mußte.

4. Wenn die Parteien bei der Vereinbarung über die Erledigung der Geschäftsschulden diese nicht näher bezeichnet oder gar nichts in dieser Richtung verabredet haben, so daß die Auslegung nach Punkt 2 eintreten müßte, dann bezieht sich die Verpflichtung des neuen Inhabers gegenüber dem alten nur auf die geschäftlichen Schulden. Deren Begriff ist oben in § 16 bereits erörtert worden. Erwähnt mag nur noch werden, daß hierbei im Gegensatz zum Außenverhältnis die Vermutungen des § 344 HGB. nicht gelten. Die Schuldübernahme bezieht sich nur auf die wirklichen geschäftlichen Schulden. Ganz zweifellos ist dies bei der Fiktion des § 344 Abs. 2. Hingegen behauptet Staub die Geltung der Vermutung des § 344 Abs. 1 auch im Innenverhältnis (Bd. 1 S. 146 Anm. 29 unten); das ist jedoch nicht richtig. Denn es sind beide Bestimmungen nur zum Schutze der Dritten im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs gegeben. Eine Regelung des

Zustandes in dieser Beziehung für das Innenverhältnis war aber auch nicht nötig, weil daran Dritte nicht beteiligt sind und rechtlich nichts verlieren. Muß indessen der Firmenfortführer auf Grund der beiden Vermutungen des § 344 dem Geschäftsgläubiger leisten, dann hat er dieselben Ausgleichungsansprüche gegen seinen Vorgänger, wie dies unter 3 geschildert wurde; zur Begleichung einer tatsächlich privaten Schuld ist er diesem gegenüber eben nicht ohne weiteres verpflichtet.

§ 18.

Wirkung bei Geschäftsforderungen.

I. Wie bei den Geschäftsschulden, so ist auch bei den Geschäftsforderungen die Frage getrennt zu behandeln, in welcher Weise die Firmenfortführung bei letzteren im Außen- und im Innenverhältnis sowie im Verhältnis zwischen Firmenveräußerer und Geschäftsschuldnern wirkt.

II. Für das Außenverhältnis bestimmt § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB., daß die Geschäftsforderungen bei genehmigter Firmenfortführung den Schuldnern gegenüber als auf den Firmenfortführer übergegangen gelten.

1. Hinsichtlich der rechtlichen Natur dieser Vorschrift ist zu sagen, daß hierdurch eine gesetzliche Fiktion des Forderungsüberganges gegeben ist, die sich auf das Außenverhältnis beschränkt. Es ist also nicht von einem gesetzlichen Forderungsübergange die Rede. Diese Wirkung hat auch nicht die Firmenfortführung für sich allein. Vorausgesetzt ist nämlich zum Unterschied gegenüber der kumulativen Haftung des Firmenerwerbers für die Geschäftsschulden neben der einfachen Tatsache der Firmenfortführung noch die Genehmigung des alten Firmeninhabers zu derselben. Diese kann zur Hervorbringung dieser Außenwirkung auch stillschweigend erteilt werden. Liegen diese Voraussetzungen aber vor, dann hat der Geschäftsschuldner nur noch an den Firmenerwerber zu leisten. Dabei ist ganz gleichgültig, ob der alte Firmeninhaber mit dem neuen etwas über den Forderungsübergang vereinbart hat. Ja es kommt sogar darauf nicht an, daß diese beiden ihn ausdrücklich ausgeschlossen, dabei aber die in § 25 Abs. 2 HGB. vorgeschriebene Verlautbarung ihrer Übereinkunft übersehen haben. Wenn daher der neue Firmeninhaber die Leistung vom Geschäftsschuldner verlangt, so muß dieser leisten und darf nicht etwa einen Gegenbeweis zur Entkräftung dieser gesetzlichen Fiktion führen wollen, daß z. B. der Übergang der Forderung ausdrücklich von den Firmeninhabern ausgeschlossen sei. Sein gegenteiliges Wissen nützt

ihm nichts, wenn er diese Kenntnis nicht direkt von einem der Beteiligten hatte; ihm gegenüber ist der Firmenfortführer zu allen Gläubigerhandlungen legitimiert. In ihrem Verhältnisse kommen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in §§ 412, 401, 404, 406—410 zur analogen Anwendung. Der neue Firmeninhaber kann also dem Geschäftsschuldner Stundung erteilen, ihn verklagen, die Schuld erlassen, ihn mahnen usw. Es gelten auch die sämtlichen Nebenrechte wie Pfand-, Hypotheken- und Bürgschaftsrechte mit als übergegangen. Der Firmenfortführer steht dem Schuldner auch als einziger Gläubiger gegenüber. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zu der Wirkung bei den Geschäftsschulden. Denn bei diesen trat er für das Außenverhältnis neben den bisherigen Firmeninhaber, war die kumulative Haftung die Folge. Hier bei den Geschäftsforderungen wird dagegen ein einfaches Verhältnis geschaffen.

2. Jedoch gilt diese Fiktion nur für solche Geschäftsforderungen, die ohne besondere Form an einen anderen abgetreten werden können. Sie gilt also z. B. nicht bei Hypothekenforderungen. Sie greift auch ferner nicht Platz bei höchstpersönlichen Forderungen. Jedoch findet sie im übrigen ihre Grenzen nur an den geschäftlichen Forderungen; für private Forderungen des alten Firmeninhabers gilt sie also nicht. Der Begriff der ersteren ist in § 16 ausführlich geschildert worden; hier mag nur gesagt werden, daß die Vermutungen des § 344 HGB. Anwendung finden.

3. Diese Fiktion schafft also nach außen klare Verhältnisse zugunsten der Firmenschuldner: ihnen gegenüber ist allein der Firmenerwerber als Gläubiger legitimiert. Jedoch hat diese Bestimmung einen Nachteil, wodurch ihr Wert erheblich herabgemindert wird. Sie hat nämlich das erwähnte, nach außen nicht hervortretende Erfordernis, daß die Firmenfortführung eine genehmigte ist. Nur wenn dieses vorliegt, leistet der Schuldner mit befreiender Wirkung. Wie er aber zu dieser Kenntnis gelangt, ist ihm vom Gesetz überlassen. Es bleibt ihm deshalb gar nichts anderes übrig, als sich vom Firmenerwerber den Beweis dafür erbringen zu lassen.

Im bürgerlichen Verkehr hat der Schuldner die Gewißheit, dem richtigen Gläubiger zu leisten, nur dann, wenn ihm entweder eine Anzeige vom bisherigen Gläubiger über die Abtretung der Forderung zugegangen ist, oder wenn ihm vom leistungsfordernden Gläubiger eine Abtretungsurkunde vorgelegt wird. Beides kann natürlich bei der Firmenveräußerung auch vorliegen, braucht es aber nicht zu sein und wird es auch nicht zu oft sein; denn diese Formen sind für den schnellpulsierenden Handelsverkehr

zu schwerfällig, zumal da jeder Schuldner dabei berücksichtigt werden müßte. Eine solche Anzeige wird vielmehr ersetzt durch die Eintragung in das Handelsregister und deren Bekanntmachung, daß X die Firma Y fortführe. In diesem Falle wird der Schuldner ohne jeden Zweifel leisten können und frei werden; denn er kann sich darauf verlassen, daß der Registerrichter vor dem Eintragen unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Firmenfortführung auch deren Genehmigung geprüft hat. Jedoch ist dem Schuldner, wenn er auch hier noch Bedenken hat, der Gegenbeweis offen, daß diese Prüfung nicht erfolgt sei; andererseits kann er aber auch mit voller Wirkung leisten. Ist hingegen nichts über die Firmenfortführung eingetragen, dann ist der Schuldner berechtigt, sich vom Firmenfortführer in anderer Weise den Nachweis für die Genehmigung bringen zu lassen. Dies ist z. B. dadurch möglich, daß letzterer auf ein Zirkular verweist, das an alle Geschäftsschuldner, insbesondere auch den beweisheischenden, gegangen ist, und in welchem der Firmenveräußerer ausgesprochen hatte, daß der Geschäftserwerber die Firma mit seiner Genehmigung fortführe. Dadurch ist dann der Beweis für die Genehmigung geführt. Es ist übrigens nicht nötig, daß in einem solchen Zirkular etwas über den Forderungsübergang bemerkt ist; notwendig ist nur der Ausdruck der Genehmigung. An diese knüpft sich dann die Legitimation des Firmenfortführers als Gläubigers der Geschäftsschuldner gegenüber diesen. Dagegen muß der Forderungsübergang im Zirkular ausgesprochen sein, wenn die Geschäftsforderungen im Innenverhältnis übergehen sollten; sonst muß die Auslegung die Lücke füllen. In Ermangelung eines Zirkulars muß der Firmenfortführer den Nachweis der Genehmigung dem Geschäftsschuldner in anderer Weise bringen, sei es schließlich auch dadurch, daß er den Firmenveräußerer dafür im Prozesse als Zeugen benennt.

4. Aus den oben gegebenen Ausführungen ist bereits erkennbar, daß der Geschäftsschuldner unter gewissen Umständen auch befreit wird, wenn er an den Firmenveräußerer leistet, und daß dieses dann der Firmenfortführer gegen sich gelten lassen muß. Das ist nämlich dann der Fall, wenn nach dem Vorliegen aller Voraussetzungen der Legitimation des neuen Firmeninhabers der Schuldner an den alten Inhaber leistet, weil er von der Firmenfortführung nichts weiß. Die Befreiung desselben ist hingegen nicht eingetreten, wenn der neue Firmeninhaber ihm nachweisen kann, daß er bereits bei der Leistung von den Voraussetzungen der Firmenfortführung gewußt hat. Unter denselben Gesichtspunkten braucht der Firmeninhaber alle anderen zwischen dem bisherigen Firmeninhaber und dem Schuldner hinsichtlich der

Geschäftsforderungen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 407 Abs. 1 BGB.). Ebenso hat in solchen Fällen gegenüber dem Firmenfortführer ein Urteil, das nach dem Firmenerwerbe in einem zwischen den genannten Personen anhängig gewordenen Rechtsstreite ergangen ist, nicht die geringste Wirkung, wenn er beweisen kann, daß der Geschäftsschuldner im Momente der Rechtshängigkeit von dem Firmenübergange wußte (§ 407 Abs. 2 BGB.). Ein solcher Beweis mag oft schwer sein; leichter wird die Lage des Firmenerwerbers aber dann, wenn die Firmenfortführung im Handelsregister eingetragen und darauf bekanntgemacht worden war. Denn hier muß der Geschäftsschuldner den Beweis führen, daß er letzteres weder gekannt noch kennen gemußt hat (§ 15, 2 HGB.). Sonst muß er dem neuen Firmeninhaber noch einmal leisten.

5. Was die Einreden anbelangt, die zwischen dem Firmenfortführer und dem Geschäftsschuldner eine Rolle spielen können, so hat nach § 404 letzterer alle diejenigen, die im Momente des Firmenüberganges bereits gegenüber dem alten Firmeninhaber begründet waren. Er kann also auch mit einer Forderung aufrechnen, die er diesem gegenüber erworben hatte. Jedoch kann er das nicht, wenn er bei ihrem Erwerbe bereits Kenntnis von den Voraussetzungen der Fiktion des Überganges der Geschäftsforderungen hatte, oder wenn diese Gegenforderung erst nach Erlangung der geschilderten Kenntnis und später als die geltend gemachte Forderung des Firmenerwerbers fällig geworden ist. Diesen Beweis hat der letztere zu führen; jedoch kehrt sich die Beweislast nach § 15 Abs. 2 HGB. um, wenn die Firmenfortführung eingetragen und bekanntgemacht ist.

6. Die Fiktion des Forderungsüberganges gilt jedoch nur ausschließlich im Verhältnis zwischen den Geschäftsschuldnern und dem Firmenfortführer, aber nicht gegenüber irgendwelchen anderen Personen, also nicht z. B. gegenüber den Gläubigern des alten oder neuen Firmeninhabers. Hier gilt der alte Inhaber noch als Gläubiger der Forderung, sofern sie nicht wirklich von ihm abgetreten ist; sein Gläubiger kann deshalb gegen ihn einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß dahin erwirken, daß die Forderung gepfändet und dem Geschäftsschuldner verboten wird, an den Firmenerwerber zu leisten.

III. Im Verhältnis zwischen den Geschäftsschuldnern und dem alten Firmeninhaber schafft die Fiktion die Wirkung, daß letzterer nicht mehr als Gläubiger legitimiert ist. Bei den Geschäftsschulden war er ja noch Schuldner, sofern nicht eine privative Schuldübernahme des Firmennachfolgers vorlag. Er hat deshalb den Nachteil, daß er zwar für die Geschäftsschulden in Anspruch genommen

werden kann, aber nicht mit einer Geschäftsforderung aufrechnen kann, weil er hierzu nicht nach außen legitimiert ist, wenn diese auch im Innenverhältnis noch sein ist.

IV. Ebensowenig wie bei den Geschäftsschulden hat auch bei den Geschäftsforderungen das Handelsgesetzbuch eine Bestimmung darüber getroffen, ob letztere im Innenverhältnis bei der Firmenfortführung als solcher übergehen. Die frühere Ansicht, die besonders Thöl vertrat, daß die Geschäftsforderungen kraft zwingenden Rechtes auf den Firmenfortführer übergingen, ist heute überwunden. Man ist sich einig, daß diese Wirkung von der Firmenfortführung für sich allein nicht hervorgebracht wird. Eine andere Frage ist ja die, ob sie nicht mittelbar durch die Firmenfortführung hervorgerufen wird.

a) In erster Linie ist aber auf jeden Fall von dem Grundsatze auszugehen, daß der alte und der neue Firmeninhaber allein darüber zu bestimmen haben, was von den Aktiven des Geschäfts, also auch von Forderungen, übertragen werden soll. Beide können natürlich im allgemeinen vereinbaren, daß sämtliche Geschäftsforderungen übergehen sollen, ohne sie näher zu bezeichnen. Es ist auch möglich, daß die Abtretung nur hinsichtlich einzelner Forderungen verabredet wird. Wenn hierbei keine besondere Form der Abtretung zu erfüllen ist, dann enthält schon der zwecks Veräußerung des Geschäftes abgeschlossene Vertrag diese Abtretung. Ist jedoch für letztere eine gewisse Form zu erfüllen, dann liegt in dem Veräußerungsvertrage nicht die Abtretung selbst, sondern nur die Verpflichtung des Firmenveräußerers, diese Forderung unter Beobachtung der gesetzlichen Form abzutreten, also nur ein pactum de cedendo. Das ist z. B. bei Hypothekenforderungen gemäß § 1154 BGB. der Fall. Es ist ferner bei Wechseln die Indossierung notwendig.

Nun ist ja im bürgerlichen Verkehr die Abtretung noch dadurch verwickelt, daß sie zur Ausschließung der Legitimation des alten Gläubigers dem Schuldner angezeigt sein muß. Im Handelsverkehr würde eine solche Anzeige sehr schwierig sein, weil bei einer Geschäftsübernahme viele Schuldner zu benachrichtigen wären. Jedoch wird diese Anzeige an jeden einzelnen Schuldner dadurch ersetzt, daß entweder die Tatsache der Firmenfortführung im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder in einem Zirkular allen Schuldnern mitgeteilt wird. Dann ist die Legitimation des alten Gläubigers ausgeschlossen und die des neuen Inhabers allein begründet. Bei einem solchen Zirkular ist nicht nötig, daß auf die wirklich vollzogene Abtretung hingewiesen wird; es genügt der Hinweis auf die Tatsache, daß die Firmenfortführung genehmigt sei. Denn dadurch allein schon wird die

Legitimation des alten Firmeninhabers hinsichtlich der Geschäftsforderungen ausgeschlossen; ob diese aber tatsächlich von ihm abgetreten sind oder nicht, geht nur die Parteien, nichts dagegen die Schuldner an. (And. M. Staub Bd. 1 S. 145 Anm. 27 unten.)

Im übrigen gelten für die Abtretung der Geschäftsforderungen die bürgerlichrechtlichen Vorschriften. So gehen nach § 401 BGB. mit der Hauptforderung auch die Nebenrechte, wie Pfand- und Bürgschaftsrechte, mit über. Ebenso finden §§ 402 u. 403 BGB. Anwendung. Es muß also der alte Inhaber dem neuen über die Forderung die nötige Auskunft geben und die Beweisurkunden hinsichtlich derselben, wie Urteile, ausliefern (§ 402). Ferner muß er ihm auf dessen Verlangen und Kosten eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung, und zwar jeder einzelnen Forderung, ausstellen (§ 403). Dagegen haftet er ihm gemäß § 437 BGB. ohne besondere Übereinkunft nur für den rechtlichen Bestand der Forderung, nicht auch für die Zahlungsfähigkeit des Geschäftsschuldners.

b) Haben die Parteien jedoch gar nichts über den Übergang der Geschäftsforderungen vereinbart und läßt sich auch aus dem Veräußerungsvertrage nicht direkt auf ihren Willen schließen, dann tritt die schon öfters erwähnte Auslegung ein, wonach alle die Forderungen als mitveräußert gelten, die nicht besonders ausgenommen sind, also event. alle Geschäftsforderungen. (So Staub S. 144.) Der Vertrag wird ferner dabei auch so ausgelegt, daß die Abtretung mit ihm vollzogen ist. Dagegen muß natürlich bei den besonders formelle Abtretung verlangenden Forderungen diese Formvorschrift erfüllt werden. Hierbei zeigt sich eben, daß die Firmenfortführung mittelbar die Auslegung zur Folge hat, daß die Geschäftsforderungen übergegangen sind, weil sie selbst die Geschäftserwerbung voraussetzt und bei dieser alle die Geschäftsbestandteile als mitveräußert gelten, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind.

c) Wenn der Firmenfortführer die Geschäftsforderung eingezogen hat und der Geschäftsschuldner wegen dessen Legitimation befreit war, andererseits aber eine Abtretung gar nicht vorlag, dann hat der alte Inhaber gegen den neuen den Anspruch, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung von ihm Ersatz zu verlangen. Dasselbe Recht hat auch der neue Firmeninhaber, wenn der Geschäftsschuldner mit befreiender Wirkung an den alten Inhaber geleistet hat.

d) Sofern die Parteien zwar etwas über die Geschäftsforderungen vereinbart, sie aber nicht näher bezeichnet, oder sofern sie gar nichts über diese ausdrücklich verabredet haben, dann wird ihr Wille dahin ausgelegt, daß sich die Abtretung nur auf die

geschäftlichen Forderungen bezieht. Was unter diesen alles zu verstehen ist, wurde schon in § 16 gesagt. Kurz soll hier nur darauf hingewiesen werden, daß die Bestimmungen des § 344 Abs. 1 u. 2 HGB. ebenfalls aus obigen Gründen zwischen dem Firmenerwerber und -veräußerer nicht gelten, daß also hier nur die wahren geschäftlichen Forderungen in Betracht kommen.

§ 19.

Wirkung bei Firmenprozessen.

I. Welche Wirkung die Firmenfortführung bei Firmenprozessen hat, soll deshalb getrennt behandelt werden, weil der Natur dieser Frage gemäß hauptsächlich prozeßrechtliche Vorschriften hierbei zu beachten sind.

Nach § 17 HGB. kann der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden. Vorausgesetzt wird dabei, daß es sich um einen Geschäftsbestandteil handelt. Das muß aus der Klage hervorgehen. Der Kaufmann kann also nicht einen Prozeß unter seiner Firma führen, wenn letzterer wegen einer inkommerziellen Angelegenheit, z. B. Ehescheidung, angestrengt wird. Prozeßsubjekt ist jedoch nicht die Firma als solche, sondern vielmehr derjenige, der ihr Inhaber ist. Dies kommt ja äußerlich nicht zur Geltung, wenn nur die Firma im Klag- und Urteilsrubrum genannt ist; möglicherweise kann aber auch noch nebenher der Inhaber genannt sein. Jedenfalls ist immer festzuhalten, daß der Firmeninhaber Prozeßsubjekt ist, und zwar nur derjenige, der die Klage erhoben hat oder gegen den die Klage erhoben ist.

In welchen Beziehungen bei solchen Firmenprozessen Wirkungen hinsichtlich des Firmennachfolgers eintreten können, soll jetzt untersucht werden. Hierbei sind die vier Fälle zu unterscheiden, daß die Firma klagt oder verklagt wird, sowie daß der Prozeß zur Zeit des Firmenübergangs bereits rechtskräftig entschieden ist oder nicht.

II. Wird die klagende Firma während des Prozesses, also nach Klagerhebung auf einen anderen und hierbei auch der in Streit befangene Gegenstand mit übertragen, so kann der Firmenfortführer gemäß § 265 Abs. 2 ZPO. nur dann den Prozeß als Hauptpartei weiterführen oder eine Hauptintervention erheben, wenn der Prozeßgegner einwilligt. Als Nebenintervenient kann er sich indessen auch ohne dessen Genehmigung nach §§ 66, 70 ZPO. dem Prozesse anschließen. Es wirkt auf jeden Fall das ergehende Urteil für und gegen ihn, weil er ja Rechtsnachfolger

des Firmenveräußerers ist (§ 325 Abs. 1 ZPO.). Vollstreckung kann aber der neue Firmeninhaber aus dem Urteile nicht ohne weiteres suchen; es bedarf vielmehr noch der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf seinen Namen. Denn nach der Klage und dem Urteile ist nur sein Rechtsvorgänger Prozeßpartei gewesen; diese Umschreibung erfolgt auf Grund der §§ 727, 730 ZPO., d. h. sie erfolgt sofort auf Anordnung des Prozeßgerichtsvorsitzenden, wenn die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann. Ist dieser Nachweis nicht möglich, dann muß der Firmenfortführer nach § 731 ZPO. aus dem Urteile erster Instanz auf Erteilung der Zwangsvollstreckungsklausel klagen. Andererseits kann aber der alte Firmeninhaber aus dem Urteile nicht mehr vollstrecken, weil seine Legitimation nach § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. ausgeschlossen ist und dem Urteilsschuldner gegenüber nur noch der neue Inhaber als Gläubiger gilt; es kann indessen diese Vollstreckung auch nach § 25 Abs. 2 HGB. noch möglich sein.

III. Wird die verklagte Firma während des Prozesses auf einen anderen übertragen und dadurch dessen Haftung für die Geschäftsschulden begründet, dann kann sich dieser an dem Prozesse weder als Hauptpartei noch als Hauptintervenient beteiligen, selbst nicht mit Zustimmung beider Prozeßparteien. Als Nebenintervenient kann er aber dem Prozeß beitreten. Denn entweder haftet er nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. kumulativ neben dem alten Firmeninhaber oder er ist privativer Schuldübernehmer nach § 414 BGB. In beiden Fällen ist er nicht Rechtsnachfolger. Das ergehende Urteil schafft auch nicht Rechtskraft für oder gegen ihn. So Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 219; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 781. Das Urteil hat vielmehr nur gegen den alten Inhaber Rechtskraftwirkung und kann nur gegen diesen vollstreckt werden.

IV. Wird die klagende Firma aber erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses auf einen anderen übertragen und hierbei die Streitforderung mit veräußert, dann kann der Firmenfortführer die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf seinen Namen gemäß §§ 727, 730 ZPO. beantragen, oder wenn ihm der Rechtsnachfolgebeweis nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden möglich ist, auf Erteilung dieser Klausel nach § 731 ZPO. klagen. Es ist aber hierbei der Nachweis erforderlich, daß der Geschäftsbestandteil auch im Innenverhältnis tatsächlich auf ihn übergegangen ist; es genügt also nicht die Berufung auf die Fiktion des § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. denn bei der Bezeichnung eines anderen Vollstreckungsberechtigten als des Prozeßklägers handelt es sich nicht um eine Feststellung der

Rechtslage gegenüber dem Urteilsschuldner, sondern um eine solche im Verhältnis zwischen altem und neuem Firmeninhaber. Es handelt sich also um ein Recht des alten Inhabers. Wenn jedoch letzterer auf Grund der bereits erteilten Vollstreckungsklausel für sich gegen den Urteilsschuldner vorgehen will, dann kann dieser ihm mit Recht entgegenhalten, er sei nicht mehr gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. zur Geltendmachung der Forderung ihm gegenüber ausgewiesen. Das ist jedoch im Falle des § 25 Abs. 2 HGB. ausgeschlossen.

V. Wird endlich die verklagte Firma nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses auf einen anderen übertragen und haftet demgemäß dieser für die Geschäftsschulden, dann ist zwar nach wie vor die Pfändung aus dem Urteile gegen den alten Firmeninhaber möglich. Denn der alte und neue Firmeninhaber haften dem Geschäftsgläubiger kumulativ. Jedoch kann aus dem ergangenen Urteile nicht ohne weiteres auch gegen den neuen vollstreckt werden. Der Gerichtsvollzieher hätte einen solchen Pfändungsauftrag einfach abzulehnen. Denn es gehört zu seinen bei der Pfändung zu beobachtenden Pflichten, festzustellen, ob derjenige, gegen den sich der Pfändungsauftrag richtet, identisch ist mit dem, gegen den die Vollstreckungsklausel lautet. In Firmenprozessen lautet aber diese zwar zu Lasten der Firma, aber es ist damit der zur Zeit der Klagerhebung diese Firma führende Kaufmann gemeint. Erlangt also der Gerichtsvollzieher Gewißheit, daß ein anderer jetzt Firmeninhaber ist als der in der Vollstreckungsklausel gemeinte, dann darf er nicht gegen ersteren pfänden. Indessen kann auch gegen den neuen Firmeninhaber aus dem Urteile eine weitere Vollstreckungsklausel auf dessen Namen gemäß § 729 Abs. 2 ZPO. auf Grund öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden nach § 730 ZPO. gegeben werden oder auf Erteilung einer solchen nach § 731 ZPO. geklagt werden. Hier muß der Gerichtsvollzieher dann auch gegen den neuen Firmeninhaber aus dem Urteile auf Grund dieser weiteren Vollstreckungsklausel pfänden.

§ 20.

Abweichende Vereinbarungen.

I. Als oben die Wirkungen der Firmenfortführung auf Geschäftsschulden und -forderungen behandelt wurden, ist schon mehrfach erwähnt worden, daß der alte und der neue Firmeninhaber diese gesetzlichen Wirkungen abwenden können, wenn sie etwas Abweichendes vereinbaren und dies in der in § 25 Abs. 2

HGB. vorgeschriebenen Form verlautbaren. Unterlassen sie letzteres, dann hat diese abweichende Vereinbarung eben nur zwischen ihnen, aber nicht nach ihrer Absicht auch gegenüber den Geschäftsgläubigern und -schuldnern Wirksamkeit.

Denn es können, wie schon oben gesagt, diese gesetzlichen Bestimmungen zu Unzuträglichkeiten führen. So muß z. B. der alte Firmeninhaber nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. wohl den Geschäftsgläubigern leisten, weil er neben dem neuen kumulativ haftet; andererseits kann er aber nicht die Geschäftsforderungen dagegen aufrechnen, weil er hierzu gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. nicht mehr legitimiert ist, trotzdem diese vielleicht tatsächlich gar nicht übergegangen sind. Um diese Unzuträglichkeiten abwenden zu können, ist in das Handelsgesetzbuch die Bestimmung des § 25 Abs. 2 aufgenommen worden (so Denkschr. S. 37).

II. Welche abweichende Vereinbarung die Parteien treffen, ist ihnen vollkommen überlassen. So können sie den Übergang sämtlicher Geschäftsforderungen und -schulden ausschließen, soweit nicht etwa durch eine solche Übereinkunft die Fortführung des Geschäftes in seiner bisherigen Art überhaupt vereitelt wird. Sie können auch nur den Übergang aller Geschäftsschulden ausschließen oder eine solche Vereinbarung allein hinsichtlich derjenigen Geschäftsschulden treffen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen. Damit wäre dann die Haftung des neuen Firmeninhabers für die gesetzlichen und deliktischen Schulden vermieden, die oft zunächst unbekannt sind, häufig auch nicht in den Handelsbüchern stehen und deshalb die Rentabilitätsberechnung der Parteien umstürzen können. Es ist ferner ein solcher Haftungsausschluß auch möglich hinsichtlich aller nicht in den Handelsbüchern stehenden Geschäftsschulden oder ganz bestimmter, nominell bezeichneter Geschäftsschulden. In entsprechender Weise ist die Vereinbarung bezüglich der Geschäftsforderungen möglich. Ebenso ist auch erlaubt, daß die Parteien verabreden, daß nur dem alten Inhaber gegenüber der neue zur Begleichung der Geschäftsschulden verpflichtet ist, aber nicht gegenüber den Geschäftsgläubigern (sogen. Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB.).

III. Diese Vereinbarungen bedürfen aber, damit sie allen oder den betreffenden Gläubigern bezw. Schuldnern gegenüber wirksam sind, der Verlautbarung nach § 25 Abs. 2 HGB., d. h. sie müssen entweder im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder ihnen vom alten oder neuen Firmeninhaber mitgeteilt sein. Ersteres geschieht auf Antrag beider Parteien durch das Registergericht, letzteres durch eine der Parteien selbst, so daß man kurz von gerichtlicher Verlautbarung und Parteienmitteilung reden kann.

a) Wesentlich für die Hervorbringung der Wirkung bezüglich aller Dritter ist der Zeitpunkt der Verlautbarung. Zunächst ist zu bemerken, daß jede Verlautbarung vor Firmenfortführung absolut wirkungslos ist. Sie muß vielmehr in dem Zeitpunkte getroffen sein, an den sich die Wirkungen der Firmenfortführung knüpfen. Das ist aber der Moment des Geschäftserwerbes und der tatsächlichen, nicht nur beabsichtigten Firmenfortführung. Jedoch ist damit nun nicht gesagt, daß dieser Moment mit dem Zeitpunkte der Verlautbarung zusammenfallen muß; letzterer muß nur unverzüglich auf ersteren folgen. (Staub Bd. 1 S. 159; Goldmann Bd. 1 S. 108.)

Ganz klar ist dies bei der gerichtlichen Verlautbarung. Diese kann nämlich erst dann erfolgen, wenn die Firmenfortführung eingetragen ist. Letztere hat aber wieder zur Voraussetzung, daß das Geschäft bereits unter der alten Firma betrieben wird; die Absicht dieses Tuns genügt allein nicht. Es liegt also auf jeden Fall eine gewisse Zeit zwischen Beginn des Weiterbetriebes des erworbenen Geschäfts unter der alten Firma und dessen Eintragung. An diese muß sich aber unmittelbar die Eintragung der abweichenden Vereinbarung anschließen. Die Bekanntmachung derselben hat dann so zu erfolgen, wie es einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspricht. (So Wolff in Zeitschr. f. HR. Bd. 47 S. 261.)

Dagegen muß die Parteienmitteilung unverzüglich noch im Momente des Eintrittes der Tatsachen geschehen, an die sich die Haftung des Firmenerwerbers knüpft; sie ist also vom Zeitpunkte der Eintragung der Firmenveräußerung unabhängig und darf keinesfalls später als diese erfolgen. (So Lehmann-Ring Bd. 1 S. 92.) Es ist ferner die beabsichtigte Außenwirkung nicht eingetreten, wenn die Mitteilung zu einem späteren Zeitpunkte als dem angegebenen geschieht, wenn also im Handelsverkehr bereits die Ansicht begründet ist, der Firmenfortführer hafte gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 und sei als Gläubiger nach Satz 2 legitimiert.

Durch nachträgliche Vereinbarung und deren Verlautbarung kann die einmal eingetretene gesetzliche Wirkung der Firmenfortführung auf keinen Fall wieder den Dritten gegenüber ausgeschlossen werden.

b) Die gerichtliche Verlautbarung erfolgt auf Grund eines beim Registergerichte gestellten Antrages beider Parteien, zu dem sie sich gegenseitig verpflichtet sind. Damit sie Dritten gegenüber wirkt, ist nicht noch eine private Mitteilung der Parteien nötig. Die erstere muß deutlich sein und darf über den Inhalt der abweichenden Vereinbarung keinen Zweifel lassen. Es genügt aber die Bezugnahme auf ein bei den Registerakten befindliches Ver-

zeichnis von Schulden und Forderungen, die nicht übergehen oder die allein übergehen sollen. Ist die Verlautbarung rechtzeitig erfolgt, dann wirkt sie gegenüber allen Dritten.

Streit herrscht aber darüber, ob sich der Dritte gemäß § 15 Abs. 2 HGB. darauf berufen kann, daß er diese Verlautbarung weder kannte noch kennen mußte. Cohn (unter I B, 1 b) und Wolff (Zeitschr. f. HR. Bd. 47 S. 263) bejahen es, während es Staub (Bd. 1 S. 159) verneint. Cohn bejaht es ohne jede Einschränkung. Wolff dagegen verneint es zwar im allgemeinen, läßt aber doch dem Dritten einen Anspruch auf Ersatz der durch seine entschuldbare Unkenntnis erwachsenen Prozeßkosten gegen den zu Unrecht verklagten Firmenübernehmer zu. Indessen ist der vollkommenen Verneinung Staubs beizupflichten. Denn die Anwendung des § 15 Abs. 2 HGB. würde ein Ergebnis hervorbringen, das im schärfsten Widerspruche zu § 25 Abs. 2 stünde. (So auch RG. in JurW. 1903 S. 401, 15).

c) Die Mitteilung des alten oder neuen Firmeninhabers über ihre abweichende Vereinbarung muß sich direkt an denjenigen wenden, den sie betrifft. Sie kann natürlich auch gegenüber dessen Bevollmächtigten abgegeben werden oder durch den Gerichtsvollzieher zugestellt werden. Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und wird erst wirksam, wenn sie dem anderen zugegangen ist; für sie gelten die Bestimmungen der §§ 130—133 BGB. Eine Form ist für sie nicht vorgeschrieben; sie kann mündlich oder schriftlich abgegeben werden. Jedenfalls muß sie aber deutlich sein und darf keinen Zweifel über den wahren Inhalt der Parteienvereinbarung lassen. Sie braucht aber nicht noch außerdem gerichtlich verlautbart zu werden, damit sie gegen Dritte wirkt.

Da bei dieser Mitteilung zwei Personen abgabeberechtigt sind, ist es möglich, daß beide die Erklärungen abgeben und diese sich widersprechen. Es herrscht Streit, welche Mitteilung die gültige ist. Wolff (Zeitschr. f. HR. Bd. 47 S. 263) läßt die zuerst vorkommende gelten, oder wenn sie gleichzeitig eintreffen, sie sich gegenseitig aufheben; er faßt die eine der beiden Mitteilungen als Widerruf auf und fußt bei seiner Ansicht offenbar auf § 130 BGB., wonach durch die zuerst zugehende Willenserklärung der gewollte Effekt eintritt, aber ein vorher oder gleichzeitig zugehender Widerruf keine Erklärung zustande kommen läßt. Er übersieht aber hierbei, daß es sich hier um Willensäußerungen derselben Person, im Falle des § 25 Abs. 2 HGB. dagegen um solche verschiedener Personen handelt, die einen Zusammenhang nicht zu haben brauchen, wie das in dem anderen Falle unbedingt nötig ist. Deshalb ist die Ansicht Wolffs nicht einleuchtend. Man wird vielmehr sagen müssen, daß von zwei sich widersprechenden Mitteilungen,

mögen sie nach einander oder gleichzeitig zugehen, die wahre gilt. (So Staub Bd. 1 S. 159; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 92; Goldmann Bd. 1 S. 109; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 118.) Wie allerdings der Dritte zu der Kenntnis kommt, welche der zwei Mitteilungen nun die wahre ist, wird oft schwierig sein. Der Geschäftsschuldner wird deshalb nach § 372 BGB. oftmals hinterlegen können, weil er in entschuldbarer Weise über die Person seines Gläubigers im Zweifel ist.

d) Bisher wurde gesagt, daß die Mitteilung der abweichenden Vereinbarung von dem alten oder dem neuen Firmeninhaber ausgehen muß. Es fragt sich, ob nicht auch dieselbe Wirkung durch die Kenntnis des Dritten hervorgerufen wird, die er aus Zeitungen oder durch Unbeteiligte darüber erhält. Wolff bejaht es (Zeitschr. f. HR. Bd. 47 S. 263) und folgert dies aus § 15 Abs. 1 HGB. und aus den Grundsätzen über Treu und Glauben nach § 242 BGB. Dagegen verneinen es Lehmann-Ring (Bd. 1 S. 92), Makower (Bd. 1 S. 126), Goldmann (Bd. 1 S. 109), Staub (Bd. 1 S. 159) und Reichsgericht (in JurW. 1903 S. 401, 15). Dieser negativen Ansicht ist beizupflichten, so bestechend auch die Ausführungen Wolffs hinsichtlich seiner Folgerungen aus § 242 sind. Denn einmal betrifft § 15 Abs. 1 nur solche Handelsregistereinträge, die den Kaufleuten vorgeschrieben sind und durch Ordnungsstrafen erzwungen werden können, während die Verlautbarungen des § 25 Abs. 2 in freies Belieben der Parteien gestellt sind und ihnen nur durch ihre Wirkungen zur Notwendigkeit bestimmt sind. Außerdem sagt § 25 Abs. 2 ausdrücklich: „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn . . .“ Aus diesem Worte „nur“ folgt zur Genüge, daß allein die drei Möglichkeiten der Verlautbarung diese Wirkung haben sollen. Wenn dies das Gesetz nicht sagen wollte, dann hätte es sicher einmal das „nur“ weggelassen und außerdem formuliert: „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber wirksam, wenn sie ihm bekannt ist, insbesondere wenn...“

Aus allem folgt, daß diese Verlautbarungen des § 25 Abs. 2 HGB. allein die rechtsbegründenden Wirkungen haben, und daß sich die gerichtliche Verlautbarung neben die vielen rechtsbegründenden Einträge stellt.

IV. Ob eine solche Vereinbarung ihre Grenzen hat, ist nicht unstreitig. Nach der bisher mehrfach erwähnten Ansicht ist sie allerdings nur so weit begrenzt, als nicht durch sie die Fortführung des Geschäfts samt Firma vereitelt wird. Es meinen aber Makower (Bd. 1 S. 126) und Cosack (§ 14, 3 d), daß der Firmenfortführer, der das Geschäftsvermögen übernommen hat, mit diesem unbeschränkbar für alle Geschäftsschulden haftet (§ 419

Abs. 3 BGB.), aber eine darübergehende Haftung durch Vereinbarung mit dem alten Inhaber oder auch durch Hinweis auf § 419 Abs. 2 BGB. ausschließen kann. Hellwig (S. 400) behauptet ebenfalls, daß die Haftung mit dem Vermögen des bisherigen Geschäftsinhabers niemals ausgeschlossen werden könne, wenn die Übernahme des Geschäftes auch die der Aktiven enthält. Er folgert dies aus dem Grundsatze, daß die Schulden auf dem Vermögen, auch dem Sondervermögen, ruhen und mit diesem nach § 419 BGB. auf einen anderen übergehen müssen. Er geht sogar so weit, daß der neue Firmeninhaber mit den übernommenen Geschäftsaktiven nicht nur für die Geschäftsschulden, sondern auch für die Privatschulden des bisherigen Firmeninhabers haftet. Es ist jedoch den Ansichten dieser drei Autoren nicht beizutreten. Denn wenn auch § 419 BGB. eine Generalvorschrift für das gewöhnliche bürgerliche Leben bezüglich der Vermögensübernahmen aufstellt, so ist mindestens zu beachten, daß dies der § 25 Abs. 2 HGB. für das Handelsleben bezüglich der Geschäfts- und Firmenübernahmen tut. Es liegt also mit anderen Worten im letzten Falle eine Sondervorschrift vor, die der Vereinbarung der Parteien diese Grenze nicht zieht. (So auch Staudinger Bd. 2, 1 S. 385.) Auch um deswillen ist die angeführte Ansicht nicht als richtig zu bezeichnen, weil sie den Übergang eines Vermögens voraussetzt, wo doch das Geschäftsvermögen nur eine universitas facti, nicht iuris ist und sonach bei der Geschäftsveräußerung nur einzelne Bestandteile auf den anderen übertragen werden. Auf Bestandteilen eines Vermögens ruhen aber nur dann die Lasten, wenn das Gesetz es bestimmt, z. B. Hypothek auf dem Grundstück.

§ 21.

Wirkung bei der Verjährung hinsichtlich der Geschäftsschulden.

I. Nach obigen Ausführungen haftet der Firmenveräußerer nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. auch noch weiter für die Geschäftsschulden neben dem Nachfolger, solange dieser nicht etwa leistet und sofern dieser nicht ein privativer Schuldübernehmer gemäß § 414 BGB. ist. Dadurch hat einmal der erstere den Nachteil, für das Geschäft noch Schulden begleichen zu müssen, ohne dessen wirtschaftliche Vorteile zu haben, ganz abgesehen davon, daß er event. nicht einmal die Geschäftsforderungen einziehen kann; andrerseits hat aber der Geschäftsgläubiger den Vorteil, durch einen nicht in seiner Person eintretenden Umstand, nämlich durch die Firmen-

fortführung eines anderen, plötzlich zwei Schuldner zu haben. Um nun zwischen der Härte auf der einen und dem Vorteile auf der anderen Seite einen angemessenen Ausgleich zu schaffen, insbesondere um dem alten Firmeninhaber sein wirtschaftliches Fortkommen zu erleichtern, hat das Handelsgesetzbuch in § 26 bestimmt, daß die Geschäftsgläubiger ihn innerhalb einer gewissen Zeit in Anspruch genommen haben müssen, anderenfalls die Verjährung zu dessen Gunsten spätestens in fünf Jahren eintritt. Diese Vorschrift enthält auch keine Unbilligkeit weiter gegen die ersteren; denn sie haben ja durch ihre Säumigkeit zu erkennen gegeben, daß sie den alten Firmeninhaber nicht in Anspruch nehmen, sondern sich an den neuen als alleinigen Schuldner halten wollen. Dieselben Bestimmungen sind auch in Art. 146 a. HGB. und § 159 HGB. enthalten.

Dieser § 26 gibt indessen nur Vorschriften hinsichtlich der Fristdauer und des Fristbeginnes; im übrigen finden die allgemeinen Bestimmungen also Anwendung. Insbesondere ist hierbei zu bemerken, daß hierdurch natürlich nur die Ansprüche getroffen sind, die überhaupt verjähren können; es gilt also nicht z. B. hinsichtlich der Ansprüche aus dinglichen Rechten.

Nichts Besonderes gilt bezüglich der Verjährung der Ansprüche der Geschäftsgläubiger gegenüber dem Firmenfortführer; hierbei kommen die allgemeinen Verjährungsvorschriften zur Anwendung.

II. Die Verjährungsfrist ist für den alten Firmeninhaber in der Regel eine fünfjährige, sofern nicht schon nach allgemeinen Grundsätzen die Verjährung früher eintritt. So ist z. B. diese Frist bei den Ansprüchen in §§ 196 u. 197 nur vier Jahre, beginnt aber erst mit dem Schlusse des Jahres zu laufen, in welches der Lieferungstermin, die Kündigung usw. fällt (§ 201 BGB.). Es verjähren weiter die Ersatzansprüche des Vermieters, Verleihers, Verpächters, Verpfänders wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache bereits in sechs Monaten, die Wandelungs- und Minderungsansprüche in sechs Monaten bezw. einem Jahr. Nur diese häufig vorkommenden Beispiele seien genannt. Ebenso kann bereits eine längere Verjährungsfrist zur Zeit der Firmenveräußerung laufen, aber schon vor dem Ende der erwähnten fünf Jahre zu Ende gehen; auch hier soll es bei dieser längeren Frist verbleiben.

Nicht ganz unbestritten ist die Frage, ob auch für den Firmenveräußerer die 30jährige Verjährungsfrist hinsichtlich aller vor Geschäftsübergang bereits rechtskräftig festgestellten Ansprüche nach § 218 BGB. gilt oder nicht. Diese Frage verneinen Makower (Bd. 1 S. 129), Düringer-Hachenburg (Bd. 1 S. 264), Staub (Bd. 1 S. 163); es bejaht sie aber Goldmann (Bd. 1 S. 117). Indessen ist der ersten Ansicht beizutreten. Denn § 26 ist eine

Sonderbestimmung und greift auch gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 218 BGB. durch.

III. Die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt „mit dem Tage der Eintragung" der Firmenfortführung im Handelsregister. Es ist also weder der Tag der Anmeldung noch der Bekanntmachung wesentlich und ist auch gleichgültig, ob die Geschäftsgläubiger von dieser Eintragung wissen oder nicht; die Vorschrift von § 15 Abs. 2 HGB. ist also in diesem Falle unbeachtlich. Das Gegenteil behauptet allerdings Cohn bei Gruchot (Bd. 42 S. 55), während Staub (Bd. 1 S. 164), Lehmann-Ring (Bd. 1 S. 96) und Düringer-Hachenburg (Bd. 1 S. 265) die Anwendung des § 15 Abs. 2 ebenfalls verneinen. Denn das Gesetz sagt ja ausdrücklich, daß die Eintragung entscheidet, nicht deren Kenntnis; außerdem gilt § 15 nur für die Pflichteinträge. Jedenfalls wird der Firmenveräußerer praktisch durch diese Vorschrift gezwungen, die Eintragung der Firmenfortführung zu beantragen, und wenn die Firma überhaupt noch nicht eingetragen war, dies vor jenem Antrage nachzuholen. Denn sonst hat er diese Vorteile der fünfjährigen Frist nicht, auch wenn dem Dritten die Geschäftsveräußerung bekannt ist.

Ist aber die Eintragung erfolgt, dann läuft vom Ende dieses Tages die befreiende Frist; der Eintragungstag bleibt also bei der Fristberechnung außer Ansatz. Die Frist kann aber auch erst nach diesem Tage, und zwar an dem Tage einsetzen, an dem die Leistung erst gefordert werden kann, z. B. weil erst da der Lieferungstermin oder die Lieferungsbedingung eintritt.

IV. Im übrigen gelten für den Lauf, die Hemmung, die Unterbrechung und den Aufschub der Vollendung dieser besonderen Verjährung die gewöhnlichen Vorschriften der §§ 202—217 BGB.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.